

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 520013105001-2021-00228 01 (304)

En San Juan de Pasto, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **GUERLIS CHAVEZ BETANCOURTH**, contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

GUERLIS CHAVEZ BETANCOURTH, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, se condene **PORVENIR S.A.** a efectuar el traslado de las cotizaciones obligatorias, el bono pensional con la capitalización, indexación e intereses de mora Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a pagar los perjuicios materiales y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de agosto de 1964 y cotizó a Colpensiones desde el 17 de julio de 1991 hasta el 30 de septiembre de 2005. Que **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir octubre de 2005. Que **PORVENIR S.A.**, le informó que a la edad de 57 años su pensión sería de \$1.501.000, mientras que de permanecer en **COLPENSIONES** sería superior. Que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, el que le fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendarado 26 de noviembre de 2021, en el que se ordenó la notificación de las demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma (Pdf No 5).

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo las denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, entre otras (pdf No 7).

PORVENIR S.A. en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA”, y la “INOMINADA o GENÉRICA”. (pdf No 12).

El juzgado de conocimiento el 13 de diciembre de 2023, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas (Pdf No 20).

La Juez A Quo, el 5 de julio de 2023, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. realizado el 1º de agosto de 2005. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibida por ella, durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará

debidamente indexada con cargo a sus propios recursos. Preciso 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. Condeno a Colpensiones a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, si luego de ese ejercicio financiero aun existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que la actora hubiere permanecido en PORVENIR SA. deberá asumir dichas diferencias con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS, a la que estuvo afiliada la demandante. Declaro probada la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño en favor de PORVENIR S.A. y no probadas las restantes propuestas por esa entidad. Declaro probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” propuesta por COLPENSIONES. Condeno en costas a PORVENIR S.A. (Pdf No 29).

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción. Manifesto que la juez baso su decisión en la afirmación general de la demandante referente a que no se le brindó información, pues solo recuerda lo que le conviene y advierte que no se demostró que la voluntad de la actora estuviera viciada Así mismo, aseguro que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudirse a la figura de las restituciones mutuas, siendo contradictorio el fallo. Indico que la falta de información no fue lo único que provocó el traslado de la demandante. Adicionalmente, cuestiono el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos, pues atenta contra el derecho de defensa de la demandada. Finalmente solicito se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe, con apegó a las normas.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en

cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

COLPENSIONES manifestó que no basta con que la demandante refiera la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, pues se debe realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad, por lo tanto, concluye que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia, solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se exonere a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

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

Por su parte la Procuradora 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no le informó sobre las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la existencia de un régimen de transición, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado

efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, gastos de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Finalmente, determinar si la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. resulta procedente.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subraya la Sala)

pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al definir que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2005, proveniente del extinto ISS como se lee de la certificación expedida por esa entidad que obra a folio 69 del pdf No 7, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirma la apoderada de la demandada le correspondía a PORVENIR S.A., armar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

En cuanto al formulario de afiliación aportado a folio 53 del archivo pdf No 12, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese

recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional.

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

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

De conformidad con lo anterior, se denegarán los argumentos de la demandada PORVENIR S.A., confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, como quiera que la actora se encontraba afiliada al ISS, entidad administradora del RPM, por ende, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, por virtud de la ineficacia declarada, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se confirmará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. S.A. el 1 de octubre de 2005, conclusión que no implica una afectación financiera para COLPENSIONES, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma la apoderada de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para

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

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se aclarará la decisión de la primera instancia, en el sentido de precisar que la indexación opera únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene

realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó la apoderada de PORVENIR S.A., se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1°, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES, le corresponde a esta Sala aclarar el numeral segundo de la sentencia, se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A., por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR EL NUMERAL SEGUNDO, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 5 de julio de 2023, objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 5 de julio de 2023, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000 las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 541. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
Ordinario Laboral No. 520013105003-2021-00351-01 (589)

En San Juan de Pasto, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **AURA LUCIA MUÑOZ DORADO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

AURA LUCIA MUÑOZ DORADO a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por hoy **PORVENIR S.A.** a partir del 1º de junio de 1995. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a admitirla a como afiliada al RPM y se ordene a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a esa entidad el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos, y demás aportes, gastos de administración con la capitalización, indexación e intereses moratorios. Adicionalmente, se condene a **PORVENIR S.A.**, a pagar los perjuicios morales causados con el traslado al RAIS y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 4 de marzo de 1963. Que realizó cotizaciones a CAJANAL desde el 1º de julio de 1998 hasta el 30 de mayo de 1995, siendo su empleador la RAMA JUDICIAL. Que **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al Régimen de Ahorro Individual, con Solidaridad desde el 1º de junio de 1995. Que **PORVENIR S.A.**, mediante oficio No 104 de fecha 22 de julio de 2021, realizó una simulación pensional arrojando como resultado que su pensión equivaldría al SMLMV, siendo que en el RPM podría recibir el 71% del IBC. Que presentó reclamación administrativa ante las demandadas, siendo resuelta de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 8 de noviembre de 2021 (Pdf No 3), ordenó la notificación de las convocadas a juicio, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

PORVENR S.A. en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORATORIOS”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENAS EN COSTAS”, entre otras. (Pdf No4).

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” “IMPOSIBILIDAD DE CONDENAS EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS” entre otras (Pdf No 5).

El juzgado de conocimiento el 13 de diciembre de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PORVENIR S.A. desde el 1º de junio de 1995. En consecuencia declaró que para todos los efectos nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, así como a devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a recibir las sumas mencionadas en

el numeral anterior. Declaró probadas las excepciones de fondo “Imposibilidad de Condena en Costas” propuesta por COLPENSIONES, “Ausencia de Prueba Efectiva del Daño e Inexistencia del Daño” propuesta por PORVENIR S.A. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls.4 pdf No 15).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Manifestó que el juez basó su decisión en la manifestación general del demandante referente a que no se le brindó información. Así mismo, aseguró que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudirse a la figura de las restituciones mutuas, siendo contradictorio el fallo. Indicó que la falta de información no fue lo único que provocó el traslado del demandante. Adicionalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos, pues atenta contra el derecho de defensa de la demandada. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe, con apegó a las normas.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Así mismo, admitió el recurso de apelación formulado por PORVENIR S.A. y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La apoderada de la demandante, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en tanto, señaló que Porvenir S.A. no demostró haber proporcionado a la demandante información, clara, precisa, completa y comprensible que incluya los beneficios, desventajas y los posibles

perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, como lo existe la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COLPENSIONES manifestó que no basta con que la demandante refiera la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, pues se debe realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad, por lo tanto, concluye que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia, solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se exonere a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no le informó sobre las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la existencia de un régimen de transición, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subraya la Sala)

23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al concluir que PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1995 proveniente del extinto CAJANAL, como se lee de los folios 42 y ss del pdf No 1, entidad administradora del RPM, no cumplió con el deber de información, pues le correspondía arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, la ilustración de las características,

condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante.

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

En cuanto al formulario de afiliación aportado a folios 28 del Pdf No 1, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A. cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

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

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras en las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 1993 a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico*

del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de la demandada PORVENIR S.A., confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A. realizado el 1 de junio de 1995, pues si bien en el caso bajo estudio la actora cotizó a CAJANAL, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, conclusión que no implica una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir, por ello, se adicionará el numeral primero de la sentencia en lo pertinente.

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

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., tal y como lo estableció la primera instancia, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13

literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021, con la precisión de que al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se aclarará la decisión de la primera instancia en el sentido de precisar que la indexación opera respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó la apoderada de PORVENIR S.A., se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1°, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello, la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepción de fondo las de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO” y “BUENA FE” respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene

realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta y de apelación, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES, corresponde a esta Sala aclarar y adicionar los numerales segundo y tercero conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente, esto es, la suma de \$1.160.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR EL NUMERAL SEGUNDO Y ADICIONAR el NUMERAL TERCERO, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 13 de diciembre de 2022, objeto del grado jurisdiccional de consulta y de apelación los que quedarán así:

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los

gastos de administración y comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, estos tres últimos debidamente indexados. 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.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todo los valores y conceptos descritos en el numeral segundo de la parte resolutive y tener al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En el evento de existir diferencias entre lo que debería haberse cotizado en el régimen de prima media y lo transferido por el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de diciembre de 2022, objeto del grado jurisdiccional de consulta y de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$1.160.00, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 543. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2020-00016-02 (232)

ACTA No. 550

San Juan de Pasto, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del acto de traslado efectuada al RAIS, adelantado por PROTECCIÓN S.A producido a partir del 1 de junio de 1995. En consecuencia, solicita imponer condena a cargo de COLPENSIONES para que acoja a la afiliada en el RPM y reciba de PROTECCIÓN S.A., actual Administradora de Fondos de Pensiones de la demandante, la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales con la respectiva capitalización, indexación e intereses de mora. Igualmente se reconozcan los perjuicios materiales y morales derivados de la decisión de traslado sin contar con la asesoría idónea en materia pensional, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos, señala que nació el 11 de febrero de 1966, cotizando para pensiones desde el 16 de enero de 1987 hasta el 30 de abril de 1995 al extinto ISS; sin mediar asesoría idónea fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad del 1º de junio de 1995, en donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Expone que, en el proceso de simulación realizado por PROTECCIÓN S.A. en el año 2018, se le informó que a los 57 años aspiraría a una pensión de \$1.654.398 de seguir cotizando el 100% del tiempo que le falta para consolidar su derecho, sin embargo, indica que cotizó hasta agosto de 2019 con un IBC de \$9.217.979, por lo tanto, su pensión oscilaría entre el 17% y 18% de su IBC.

Refiere que el 15 de noviembre de 2019, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia de su traslado al RAIS para retornar al RPM, no obstante, no se ha recibido respuesta. Agrega que jamás conoció de parte del ISS hoy COLPENSIONES y de la PROTECCIÓN S.A. que con su traslado al RAIS perdía las ventajas del RPM, ni tampoco que el acceso a su pensión se difería más allá de los 57 años de edad, situación que le generó, además, daños injustificados en su salud mental y física, así como en su economía y futuro pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, pues fue expedido por la autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria. Advierte que la solicitud de retorno de la actora al RPM no cumple los requisitos legales, y este traslado no podrá hacerse efectivo debido a que se convierte en una desmejora para quienes si han cotizado al sistema de manera permanente y continua, con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “falta de legitimación en la causa”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “ausencia de vicios en el traslado”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, “imposibilidad de intereses moratorios”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia o nulidad de traslado” y, “solicitud de reconocimiento oficioso de las excepciones”.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de

permanencia de la demandante en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Además, refirió que la actora se afilió al RAIS por cuanto en ese momento se desempeñaba como gerente de la AFP, situación que supone que la demandante estaba plenamente enterada de las consecuencias de su traslado. Con fundamento en lo anterior cimentó presentó los medios exceptivos de defensa: buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, enriquecimiento sin causa, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIME GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 06 de julio de 2021, declaró probada la excepción de fondo denominada INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, absolvió a las entidades demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra, condenando a la parte demandante al pago de costas procesales.

Tras interponerse recuso de apelación por parte de la apoderada de la actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, resolvió declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, toda vez que, en dicha oportunidad se omitió la notificación al agente del Ministerio Público.

REFORMA DE LA DEMANDA

La parte demandante presenta reforma de demanda con la que pretende, que se declare la ineficacia del acto de traslado efectuada al RAIS, adelantado por PROTECCIÓN S.A producido a partir del 1 de junio de 1995. En consecuencia, solicita imponer condena a cargo de COLPENSIONES para que acoja a la afiliada en el RPM y reciba de PROTECCIÓN S.A., actual Administradora de Fondos de Pensiones de la demandante, la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales con la respectiva capitalización, indexación e intereses de mora. Igualmente se reconozcan los perjuicios materiales y morales derivados de la decisión de traslado sin contar con la asesoría idónea en materia pensional, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, que nació el 11 de febrero de 1966, cotizando para pensiones desde el 16 de enero de 1987 al extinto ISS. Refiere que en el año 1993, ingresó a laboral como asesora comercial de Colmena Cesantías, realizando las funciones de dar información del régimen de cesantías que manejaba su empleador, que en el año 1994, fue ascendida al cargo de coordinadora operativa, con funciones de atender a clientes que requerían atención para realizar el pago de las cesantías y apoyar a los asesores en cumplimiento de sus funciones.

Posteriormente, en mayo de 1995, fue contratada como Gerente de Colmena Pensiones y Cesantías en la oficina de Pasto y, para legalizar su contratación, firmó formulario de traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLMENA, con efectividad 1º de junio de 1995, como una exigencia de su vinculación y sin mediar asesoría idónea. Alude que las funciones desempeñadas como Gerente eran de carácter administrativo, tendientes al manejo y selección de personal, manejo del equipo de ventas y manejo del área operativa, sin manejar información en materia pensional.

Más adelante, para el año 2000, se vinculó a trabajar a favor de la AFP Santander, en el mismo cargo y con las mismas funciones que desempeñaba en Colmena Pensiones y Cesantías por fusión entre las sociedades, siendo trasladada a la AFP Santander, sin ningún análisis de su situación pensional. En el año 2010, la actora pasa a ser Gerente de la AFP ING por fusión con la AFP Santander, siendo además, trasladada de administradora pensional, sin recibir asesoría ni buen consejo si le convenía o no permanecer afiliada al RAIS.

Indica que, para el 1 de enero de 2013, fue escogida para desempeñar el cargo de Directora Comercial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., fusionada por absorción de ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A, siendo trasladada de administradora de pensiones a la mencionada AFP, sin que haya existido una nueva información o asesoría sobre el tema pensional. Señala que por su compromiso de lealtad y permanencia a las empresas, debía continuar afiliada al RAIS por ostentar un cargo directivo.

Expone que en el proceso de simulación realizado por PROTECCIÓN S.A. en el año 2018, se le informó que a los 57 años aspiraría a una pensión de \$1.654.398 de seguir cotizando el 100% del tiempo que le falta para consolidar su derecho, sin embargo, indica que

cotizó hasta agosto de 2019 con un IBC de \$9.217.979, por lo tanto, su pensión oscilaría entre el 17% y 18% de su IBC.

Agrega que jamás conoció de parte del ISS hoy COLPENSIONES, de Colmena Pensiones y Cesantías, AFP Santander, APF ING, ni de la AFP PROTECCIÓN S.A. que con su traslado al RAIS su mesada pensional sería tan desfavorable, pues su empleador la indujo a permanecer afiliada a dicha entidad por su vínculo laboral, además, que no se generaron procesos de asesoría detallada, situación que le generó, además, daños injustificados en su salud mental y física, así como en su economía y futuro pensional. Refiere que el 15 de noviembre de 2019 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia de su traslado al RAIS para retornar al RPM, no obstante, no se ha recibido respuesta.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, pues fue expedido por la autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, además que si la actora ostentó diferentes cargos en las AFP, estaba en plena capacidad de conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional. Advierte que la solicitud de retorno de la actora al RPM no cumple los requisitos legales, y este traslado no podrá hacerse efectivo debido a que se convierte en una desmejora para quienes si han cotizado al sistema de manera permanente y continua, con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “falta de legitimación en la causa”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “falta del derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada”, “ausencia de vicios en el traslado”, “petición antes de tiempo”, “improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, “imposibilidad de intereses moratorios”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia o nulidad de traslado” y “solicitud de reconocimiento oficioso de las excepciones”.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Además, refirió que la actora ejerció cargos de asesora comercial, coordinadora operativa, Gerente y Directora Comercial, situación que permite inferir que la demandante conocía plenamente cual era el funcionamiento de la entidad, lo que esta ofrecía, sus características, lineamientos, misión, visión, principios, modelo de negocio, entre muchas otras más. Con fundamento en lo anterior cimentó los medios exceptivos de defensa que denominó: buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica.

Por último, interviene el Ministerio Público, para enfatizar que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar, de esa manera, que la afiliada contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Añade que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 33.083 de 2011, reiterada en la SL-1452 de 2019, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico. No formula excepciones, pero solicita el decreto de diferentes pruebas a fin de corroborar los hechos expuestos en la demanda sobre el traslado al RAIS de la demandante, motivado en la imposición de su empleador.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 30 de mayo de 2023, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional de la demandante a

la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., producido a partir del 1 de junio de 1995; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, bonos pensionales y rendimientos. Condenó, igualmente, a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, que deberán discriminarse a la hora del traslado y recibidos por el fondo público convocado; a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. los conceptos antes descritos. Por último, declaró probadas las excepciones de fondo de "ausencia de prueba efectiva del daño" e "inexistencia del daño" propuestas por PROTECCIÓN S.A. y la de "imposibilidad de condena en costas" a favor de COLPENSIONES, condenando en costas, únicamente, a la última administradora del régimen privado.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES.

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con base en iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en la imposibilidad de migrar del sistema pensional, para el caso bajo estudio.

Sostiene, que si bien la demandante para junio de 1995 no tenía conocimiento respecto del régimen pensional y las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, lo cierto es que para el año 2000, cuando nuevamente realiza un traslado, la actora ya conocía los beneficios provenientes de estar afiliada a los dos regímenes, por cuanto contaba con el conocimiento y la capacidad para trasladarse al RPMPD.

Finalmente, aduce que no resulta suficiente la sola afirmación de la demandante para que se acceda con la pretensión de ineficacia, pues se debe analizar aspectos jurídicos y se debe contar con un estudio probatorio propio.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que

regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, se presentó -vía electrónica-, la intervención del apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, conforme da cuenta la constancia secretarial del 14 de noviembre de 2023.

El apoderado judicial de COLPENSIONES a través de su agente, se ratifica en las razones de defensa esbozadas desde la contestación de la demanda, solicitando declarar probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, exonerar a su representada de las pretensiones incoadas por la parte actora.

A su vez, la apoderada del demandante aseguró que la AFP no cumplió con el deber de información razón por la cual solicitó se declare la ineficacia del traslado y se confirme la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.?

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción

Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL12136-2014, SL9519-2015, SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021 y, hasta la actualidad, como la SL4297-2022, SL4322-2022 y la SL4324-2022, que se refiere a los deberes y responsabilidades al momento de privilegiar las técnicas interpretativas que amplíen el conjunto de las garantías de los trabajadores y afiliados, todas éstas acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

2. La reacción del ordenamiento jurídico a la omisión de tal obligación es la INEFICACIA, en sentido estricto, o la exclusión de todo efecto del acto de traslado. Dicho de otra manera, cuando un acto se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus

elementos esenciales, carece de existencia ante el derecho, no tiene vida jurídica o no produce ningún efecto, y por tanto, conforme lo dispone el art. 1746 del Código Civil, aplicable por analogía a la ineficacia, “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...)”.

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008, SL5514 de 2021 y SL3465-2022.

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y en la CSJ SL4324-2022).

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

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte

del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su transgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2) CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PROTECCIÓN S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. ANA PATRICIA CHAVES DUARTE, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y durante el tiempo que permanencia de la afiliada a la administradora le ilustraran con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 373 de 2021), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PROTECCIÓN S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. CHAVES DUARTE la información que reúna estas

características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro del tema, como ya se indicó, y por otra, la de asesorarla llegando incluso, de ser necesario, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones, que por parte de esta Sala de Decisión, se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la demandante ante COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., a través de formulario del 03 de mayo de 1995 (fl 31), con efectividad el 1º de junio de 1995, determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD al cual se afilió válidamente el 16 de enero de 1987 a través del extinto ISS, hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios que el sistema ofrece. Situación que impone modificar en el numeral primero, en el sentido de indicar que la demandante conserva los beneficios que el RPMPD ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, que PROTECCIÓN S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, tiene la obligación de trasladar a COLPENSIONES a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, *por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que la actora permaneció en el RAIS; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.*

Igualmente se modificará el numeral segundo, para ordenarle a la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782,

SL1008 y SL5660 de 2021, en las que se indica que la indexación se aplica porque estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM, efecto que viene decantado desde la sentencia 31989 de 2008 y se reitera en la CSJ SL2877-2020, CSJ SL4063-2021 y CSJ SL3188- 2022. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL3719 y 5514 de 2021. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será modificado y adicionado.

Cabe indicar, además, que también se ordenará reconocer la diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PROTECCIÓN S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto. Esta orden igualmente se adicionará en el numeral segundo de la parte resolutive de la presente decisión.

En este sentido, el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES se modificará, con el fin de ordenar al fondo público pensional que una vez reciba los valores provenientes del RAIS, actualice la historia laboral de la promotora de la presente Litis, para los efectos pertinentes.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PROTECCIÓN S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después, sin que ésta se trasponga en cabeza de la afiliada, ni siquiera tratándose de una profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, si bien la demandante ostentó la calidad de asesora comercial, coordinadora operativa, Gerente y Directora Comercial del fondo privado, es menester mencionar que el acto de afiliación debe ser una decisión libre y voluntaria del afiliado, que debe ajustarse a los parámetros de la libertad informada, es decir, precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables de su decisión, situación que no fue demostrada en el presente asunto, pues nada desdice que la información recibida fue parcializada y de manera grupal en el contexto laboral, de lo que se infiere que la información no fue suficiente y adecuada sobre los efectos de la decisión que tomaría.

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

3) EXCEPCIONES

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

4) COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, la condena en costas en esta instancia a favor del promotor de la Litis estará a cargo de la demandadas COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2

smlmv; que serán liquidadas por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de mayo de 2023, el cual quedará así:

*“**PRIMERO.-** DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de ANA PATRICIA CHAVES DUARTE, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.733.212, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., producido el 1 de junio de 1995, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, continuará en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.”*

SEGUNDO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de mayo de 2023, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO. - CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de la cuenta individual de ANA PATRICIA CHAVES DUARTE, la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes*

pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que la actora permaneció en el RAIS; y los valores debidamente indexados del porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con sus propios recursos”.

TERCERO. MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de mayo de 2023, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**TERCERO.- CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., los conceptos descritos en el numeral segundo de la parte resolutive, para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora y a actualizar la historia laboral para los efectos pertinentes”.*

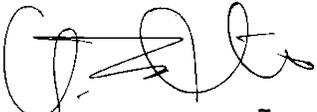
CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de mayo de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

QUINTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandada COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv, que serán liquidadas por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo

consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.


PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada ponente


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003 2022-00077-01 (259)

ACTA No. 548

San Juan de Pasto, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del acto de traslado efectuado al RAIS, adelantado por PORVENIR S.A., y, en consecuencia, solicitó imponer condena a cargo de COLPENSIONES, para que acoja al afiliado en el RPM y reciba de PORVENIR S.A., la totalidad de los dineros en la cuenta de ahorro individual del actor, por concepto de bonos pensionales, rendimientos, y demás sumas recaudadas durante el tiempo de afiliación al RAIS; por último, solicitó se impongan las costas procesales a cargo de las demandadas.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos, señaló que nació el 09 de abril de 1960, y comenzó a cotizar para pensiones a partir del 01 de marzo de 1990, hasta el 31 de julio de 1999 al extinto ISS; que, no obstante, sin recibir una adecuada asesoría el 15 de junio 1999, diligenció el formulario de vinculación ante la AFP PORVENIR.S.A., quedando vigente el traslado el 01 de agosto de 1999.

Debido a lo anterior, sostuvo que el 07 de octubre de 2021, presentó derecho de petición, ante PORVENIR S.A., solicitando la nulidad del traslado del RPM al RAIS, obteniendo como respuesta negativa que el actor fue debidamente informado y asesorado sobre las implicaciones de cambio de régimen pensional; así mismo, para el 11 de octubre de 2021 pidió ante COLPENSIONES la misma pretensión, en la cual

también obtuvo respuesta negativa por cuánto le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Finalmente, indicó que, PORVENIR S.A., realizó una proyección de su pensión, con el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, dando como resultado la aspiración efectiva de la pensión de vejez a los 62 años de edad, y con una mesada pensional equivalente a \$924,334, la cual le resultó inferior a la que le hubiere correspondido en el RPM.

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., argumentó que la decisión de traslado del demandante fue libre, autónoma y voluntaria después de brindarle asesoría e información, disponible y obligatoria en ese momento para las administradoras; además, mencionó que el acto de traslado de régimen es completamente válido, ya que había cumplido con los requisitos establecidos en la normatividad vigente de la época, y que, no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide.

Como excepciones de fondo, propuso las que denominó "*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe*".

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, consideró que el traslado del actor al régimen de ahorro individual en pensiones se realizó de acuerdo con las normas que regulaban la materia, y, por lo tanto, concluyó que no podría declararse la ineficacia del traslado debido a posibles vicios en el consentimiento.

Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó "*falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta del derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada, ausencia de vicios en el traslado, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, e inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia o nulidad de traslado*".

Por su parte, en concepto preliminar rendido por el Ministerio Público señaló que, de conformidad con la jurisprudencia en la materia, si la AFP convocada no prueba que cumplió con el deber de informar a la actora sobre los alcances del cambio de régimen pensional, en efecto el traslado al RAIS resultaría ineficaz con las consecuencias que ello implique.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 02 de junio de 2023, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por el actor el día 15 de junio de 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.

En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; a su vez condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores y conceptos antes descritos.

Por último, declaró probada la excepción de fondo "imposibilidad de condena en costas" propuesta por COLPENSIONES, y condenó en costas procesales a la demanda PORVENIR S.A.

3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.

Inconforme con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la parte demandada, interpusó oportunamente recurso de apelación, señalando que, la afiliación del demandante fue precedida por una asesoría idónea y sin ningún vicio en el consentimiento, toda vez que habiendo tenido durante 20 años la posibilidad de regresar al RPM, y conocer las características y condiciones, nunca lo hizo.

Por otra parte, mencionó que las sumas correspondientes a los gastos de administración no deben ser trasladados porque durante el periodo de afiliación la

AFP, cumplió con la finalidad de proporcionarle al demandante los riesgos de invalidez y muerte, debidamente invertidos como lo exige la Ley.

Finalmente, frente a la condena en costas, refirió la demanda, que siempre actuó de buena fe, con apego a las disposiciones legales, por tanto, no debería proceder dicho precepto.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público, y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de la parte demandante, las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 11 de octubre de 2023.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., solicitó que el fallo de primera instancia sea revocado, argumentando que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de RPM al RAIS, puesto que la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y en cumpliendo a los requisitos exigidos en la Ley.

El apoderado judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, se ratificó en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicitó no acceder, dentro del presente asunto, a las pretensiones invocadas por la parte actora, así como también revocar el fallo de primera instancia, y eximir de cualquier condena en su contra.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público y el representante legal de la parte demandante ante esta Sala de Decisión intervinieron para pedir que la decisión de primer grado sea confirmada en su integridad, por cuanto declaró la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos de conformidad con el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, serán: i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, ii) Establecer porque conceptos está obligado a trasladar el fondo demandado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, iii) si procede absolver a PORVENIR S.A., de las costas impuestas en primera instancia?.

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.3.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021 y, hasta la actualidad, como la SL4297-2022, SL4322-2022 y la SL4324-2022, que se refiere a los deberes y responsabilidades al momento de privilegiar las técnicas interpretativas que amplíen el conjunto de las garantías de los trabajadores y afiliados, todas éstas acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

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

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

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, y sobrevivencia, y los recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008, SL5514 de 2021 y SL3465-2022.

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y recientemente en la CSJ SL4324-2022).

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

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su transgresión 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.

3.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. HENRY ARBEY CASTILLO SANCHEZ al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto, no aportó ningún elemento probatorio dentro de contestación que de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y durante el tiempo de permanencia del afiliado ante la administradora se ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurará libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 373 de 2021), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

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

Es por lo expuesto, y sin necesidad de mayores elucubraciones, que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante PORVENIR S.A., que se efectuó el 15 de junio de 1999, (PDF 01, fl. 79), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo vinculado al RPMPD en cual cotizó al menos desde el 01 de marzo de 1990, como se lee en la historia laboral y bono pensional arrimado al plenario (PDF 01 fls. 124 a 130), con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

En este orden de ideas, solo se adicionará al numeral primero, con el fin de que el demandante continúe en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, que PORVENIR S.A. –SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS–, tiene la obligación de trasladar a COLPENSIONES a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor, por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con 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; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se modificará el numeral segundo, para ordenarle a la demandada PORVENIR S.A., devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008 y SL5660 de 2021, en las que se indica que la indexación se aplica porque estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM, efecto que viene decantado desde la sentencia 31989 de 2008 y se reitera en la CSJ SL2877-2020, CSJ SL4063-2021 y CSJ SL3188- 2022. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL3719 y 5514 de 2021. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será modificado y adicionado.

Cabe indicar, además, que también se ordenará reconocer la diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A., y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el actor hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que el convocante

a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto. Esta orden igualmente se adicionará en el numeral segundo de la parte resolutive de la presente decisión.

En este sentido, el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES se modificará, con el fin de ordenar al fondo público pensional que una vez reciba los valores provenientes del RAIS, actualice la historia laboral del promotor de la presente Litis, para los efectos pertinentes.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza del afiliado, porque en efecto se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Aclarando que todo lo anterior no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de esta figura, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el demandante es la ineficacia de tal acto jurídico en procura de alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional.

Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

3.3. EXCEPCIONES

Por último, se confirmará la denegación de las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió. La misma suerte corre la de

prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

3.4. COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Con relación a este aspecto motivo de discusión por parte de la apoderada de PORVENIR S.A., debe indicar la Sala que, no es procedente absolverla de la condena en costas, toda vez que, en primer lugar fue el fondo que originó la declaratoria de ineficacia de traslado por falta al deber de información, siendo por demás, vencido en el proceso y se le ordenó trasladar unas sumas, además de tratarse de un criterio objetivo la imposición de estas conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso. Confirma este aspecto apelado.

3.5. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

LAS COSTAS PROCESALES en esta instancia no se impondrán en cabeza de COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, no obstante, por cómo se desata el recurso de alzada interpuesto por PORVENIR S.A., las mismas serán impuestas en el valor de 2smImv a su cargo, mismos que serán liquidados de conformidad con lo expuesto en el artículo 366 de C.G.P.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 02 de junio de 2023, el cual quedará así:

***"PRIMERO.** - DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor HENRY ARBEY CASTILLO SANCHEZ; identificado con cédula de ciudadanía No. 12.228.497 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de FONDO DE CESANTIAS*

Y/O PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS- PORVENIR S. A; que ese efectuó a partir del 15 de junio de 1999; y en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante, continuará en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.”

SEGUNDO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 02 de junio de 2023, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

“SEGUNDO. – CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A; a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de la cuenta individual de HENRY ARBEY CASTILLO SANCHEZ, la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con 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; y los valores debidamente indexados del porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., con sus propios recursos”.

TERCERO. MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 02 de junio de 2023, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

“TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S. A., los conceptos descritos en el numeral segundo de la parte resolutive, para que a futuro se consolide el derecho pensional del actor y a actualizar la historia laboral para los efectos pertinentes”.

CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 02 de junio de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

QUINTO. las **COSTAS** por cómo se resuelve el recurso de alzada se impondrán en cabeza de PORVENIR S.A., en un valor de 2smImv, mismas que serán liquidados de conformidad con el artículo 366 del C.G.P., sin lugar a condena en costas en cabeza de COLPENSIONES por el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor.

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



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada ponente



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 520013105003-2020-00148- 01(404)

En San Juan de Pasto, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **ALBERTO ALEJANDRO CHAVES TENA** contra **TRONEX SAS**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

ALBERTO ALEJANDRO CHAVES TENA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de **TRONEX SAS**, para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de abril de 2018 hasta el 13 de septiembre de 2019, que terminó por decisión unilateral de la demandada. Consecuencialmente, solicitó se condene a la demandada a cancelarle, los viáticos y gastos pendientes de viaje, así como sus saldos, horas extras, y demás derechos laborales e indemnizaciones descritas en la demanda, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que el 16 de abril de 2016, se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como conductor. Que ejecutó sus labores de manera personal y bajo la subordinación de la demandada, en un horario de 15 horas diarias al tratarse de un empleado de confianza según la consideración de la empresa. Que el 13 de septiembre de 2019, la empresa demandada le comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, al haber entregado una licencia de conducción falsa cuando ingresó. Que la convocada a juicio además de omitir con el deber legal de verificar los documentos al ingreso a la empresa, no atendió las razones expuestas en los descargos, en el sentido de haber sido víctima de un tramitador indelicado. Que realizó viajes en los días que se mencionan en el hecho No 9, de los cuales no le fueron cancelados 76 días

de hotel, ni alimentos a razón de \$35.000 por día y \$9.000 por alimentación. Que en los viajes realizados los sábados y domingos trabajó 49 días por 23 horas extras, de las cuales 25 días son dominicales y festivos. En dominical cada salida implicó 15 horas extras y sábado 8, remuneración que no se le canceló con la liquidación ni hasta la presente fecha. Que en los procesos de legalización de viáticos no le fueron devueltos saldos a favor por la suma de \$400.000 y le realizaron un descuento no autorizado de su salario por la suma de \$1.000.000 por pago de parqueadero por inmovilización de vehículo. Además, pagó la suma de \$500.000 por comparendo. Que en la liquidación final no le cancelaron todos los conceptos relacionados en forma completa. Que el 23 de enero de 2020 le solicitó a la demandada planillas, gastos de viaje, certificación de la relación de viáticos efectuados, documentos que no le fueron entregados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, con auto del 22 de septiembre de 2020 admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fl. 39).

Trabada la Litis, la sociedad demandada TRONEX SAS, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por el demandante, al considerar que el vínculo contractual terminó por justa causa. Adicionalmente manifestó que no adeuda saldo alguno por concepto de viáticos y gastos de viaje. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS FALSOS AL INGRESO”, “EXISTENCIA DE FALTA GRAVE CONTEMPLADA EN EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR VIATICOS Y GASTOS DE VIAJE”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIÓN PAGAR VIATICOS Y GASTOS DE VIAJE CORRESPONDIENTES A LOS MESES DE SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 2019, entre otras (fls. 47 y ss).

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 23 de agosto de 2022, se declaró fracasada la conciliación, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes (Fl. 141 y ss).

Acto seguido, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, etapa en la que recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo; declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, el cual estuvo vigente desde el 16 de abril de 2018 hasta el 13 de septiembre de 2019 y fue terminado con justa causa por parte del empleador. Declaró probadas las excepciones de fondo propuestas por la demandada inexistencia de obligación de pagar indemnización por despido sin justa causa, existencia de falta grave contemplada en el reglamento interno de trabajo, inexistencia de la obligación pagar viáticos y gastos de viaje correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2019, inexistencia de la obligación pagar viatico y gastos de viaje correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2019, inexistencia de la obligación de pagar horas extras y recargos, y existencia de autorización para efectuar descuentos.

En consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda formuladas por el demandante. Condenó en costas al demandante (141-144).

Para tomar tal decisión, la juez de primer grado, concluyó que el contrato de trabajo finalizó de manera justa por parte de la sociedad demandada, debido a que el actor presentó una licencia de conducción falsa. Así mismo, indicó que no se demostró que el actor hubiera laborado en tiempo suplementario ni que la demanda le adeudara saldos por concepto de viáticos; tampoco que los descuentos realizados por concepto de multas por inmovilización de vehículo fueran arbitrarios, al ser autorizados por el actor, por ello, concluyó que no adeuda saldo alguno.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses del demandante, de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS, esta Corporación admitió el grado jurisdiccional de consulta.

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

La sociedad demandada solicitó se confirme la decisión de la primera instancia ya que el despido del demandante lo fue por una justa casusa, en tanto, este presento una licencia de conducción falsa. En cuanto a los descuentos efectuados por la empresa, manifestó que la inmovilización que sufrió el vehículo que conducía el actor fue por su culpa, por ello, debía pagarla ya que la demandada contaba con autorización escrita del demandante para realizar el descuento. Finalmente, frente a los viáticos reclamados manifestó que demandante explicó que se los reconocían una vez reportaba los gastos, luego, no demostró que le hubieran sido desconocidos-

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor del demandante, la corresponde a esta Sala de Decisión definir si se encuentra acreditado un contrato de trabajo a término fijo entre las partes vigente entre el 16 de abril de 2018 hasta el 13 de septiembre de 2019; ii) definir si este vínculo finalizó sin justa causa; ii) en caso afirmativo cuantificar calcular la indemnización por despido injusto y, iii) estudiar si la demandada le adeuda al actor pago de viáticos y gastos de viaje, saldos por legalización de viáticos y horas extras en sábados y domingos, así como establecer si la convocada a juicio le descontó sumas de dinero sin autorización.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y CALIFICACIÓN DEL DESPIDO.

Parte la Sala por advertir que en el presente asunto no se encuentra en discusión lo relacionado con la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 16 de abril de 2018 y finalizó el 13 de septiembre de 2019, aspecto que fue aceptado por la demandada en el escrito de réplica y que se corrobora con el contrato de trabajo obrante a folios 114 y ss, vinculo por virtud del cual el actor se desempeñó como conductor.

La discusión radica en establecer si el despido acaecido el 13 de septiembre de 2019, estuvo desprovisto de una justa causa y si hay lugar al pago de la indemnización solicitada.

Con relación al despido sin justa causa, la Sala indica, como lo ha señalado en diversas oportunidades, que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto, que al empleador le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo tiene así regulado el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T. y así ha sido decantado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 11 de octubre de 1973, criterio que no ha perdido vigencia.

Descendiendo al *sub judice*, pasa la Sala a verificar si la parte actora cumplió con su *onus probandi* respecto de la acreditación del hecho del despido, concluyendo esta Corporación luego del análisis pormenorizado de los medios de convicción recaudados, que dicha carga probatoria fue cumplida por la promotora del litigio con la misiva de despido obrante a folio 30 del plenario, situación que además fue aceptada por la sociedad demandada, siendo entonces deber del empleador probar que dicho despido obedeció a una justa causa estipulada legal o convencionalmente, tal y como lo alegó en la réplica de la demanda.

Al respecto, la carta del despido data del **13 de septiembre de 2019**, mediante la cual la convocada a juicio le comunicó al actor la decisión de dar por terminado unilateralmente y con justa causa su contrato de trabajo, por cuanto presentó documentación falsa (licencia de conducción) para el ingreso a la compañía, conducta que de conformidad con el reglamento interno de trabajo es considerada como grave.

De lo anterior se deriva la siguiente situación, que la falta cometida por el demandante se encuentra calificada como grave en el reglamento de trabajo de la demandada, evento en el cual el fallador no puede apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios.

Para definir lo pertinente cuenta la Sala con las siguientes pruebas documentales relevantes i) contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes (Fls.114); ii) Reglamento Interno de Trabajo y, iii) licencia de conducción de demandante (fl. 63).

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandante frente a los hechos materia de debate aceptó que al momento de vincularse con la empresa demandada presentó una licencia de conducción que resultó ser falsa, pues la obtuvo a través de un tramitador a quien la pagó la suma de \$1.800.000; no obstante, adujo que desconocía que ese documento era falso pues resalta que laboró por más de un año y medio con ella, y que acudió al tramitador por el poco tiempo que concedió la empresa demandada para sacar la licencia con la categoría que allí se requería. Agregó, que la convocada a juicio se percató de la falsedad del documento porque el Sr. Gamaliel le solicitó una copia; allí se percataron que no estaba registrada, advirtiendo en todo caso que siempre ha sido una persona honesta y que no sabía que había sido “estafado”. Finalmente, manifestó que fue escuchado en descargos por parte de la demandada, en donde de igual manera expuso que no conocía de la falsedad de la licencia.

Por su parte, en interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la demandada manifestó que la desvinculación del demandante se generó, porque, de acuerdo al plan de seguridad vial se realizó la verificación de todos los documentos de los trabajadores, especialmente de quienes cumplen actividades de riesgo como la conducción, por ello, se identificó que la licencia del actor no se encontraba en el sistema, razón por la que convocaron al demandante a descargos el 7 de septiembre de 2019, diligencia en la que el actor manifestó que la había obtenido a través de un tramitador. Explicó que según el reglamento interno el entregar documentos falsos para obtener un cargo constituye una justa causa de terminación del contrato y por ello, la empresa procedió en ese sentido.

Luego, del análisis en conjunto y crítico de las pruebas, se encuentra acreditado que la licencia de conducción que presentó el demandante era falsa, pues si bien éste alega que fue engañado por el tramitador, ello no lo exonera de la responsabilidad que le incumbía frente a verificar sobre la autenticidad de su documento, más aún cuando la actividad para la que fue contratado es la de conducción, por ello, se concluye que el demandante incurrió en las faltas que le endilgo la sociedad demanda, las que tienen connotación de faltas graves, pues así fueron calificadas por las partes (empleador y trabajador), al tenor del artículo 109 literal I del Reglamento Interno de Trabajo (Fl.95), en el que se estableció como falta grave y justa causa para dar por terminado el contrato “*Consignar en la solicitud de empleo que se presente cuando va a ingresar a la empresa datos falsos u ocultar información solicitada en el mismo documento*”.

Así las cosas, se acreditó que la desvinculación laboral de la demandante obedeció a las conductas desplegadas por el actor calificadas como faltas graves por las partes lo cual condujo a la terminación del contrato con justa causa, por ello se confirmará la decisión de la Juez A Quo al respecto.

PAGO DE VIATICOS Y GASTOS DE VIAJE, SALDOS POR LEGALIZACIÓN DE VIÁTICOS Y DESCUENTOS EFECTUADOS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA.

Reclama el actor el pago de viáticos y gastos de viaje pendientes por la suma de \$3.144.000, lo que infiere la sala corresponde según la demanda a los viajes que realizó el demandante según el hecho 10° de la demanda en el año 2018 y hasta el 13 de septiembre de 2019, en las fechas que allí se indican; no obstante, la Sala no encuentra prueba que respalde su dicho, pues por el contrario en diligencia de interrogatorio el actor aceptó que cada viaja o antes de cubrir la ruta se le hacía entrega del anticipo de gastos de viaje directamente, y que contaba con tres días hábiles para legalizar el anticipo de viajes.

En cuanto a los viajes que realizó con posterioridad al 13 de septiembre de 2019, tal y como lo sostuvo la primera instancia, ello no se encuentra ajustado a la realidad, debido a que el contrato de trabajo finalizó en la primera data referida.

En lo que tiene que ver con los saldos por legalización de viáticos que según el hecho 7° de la demanda corresponden a \$400.000 y que fundamenta en el folio 32 de la demanda, no existe claridad sobre la deuda por parte de la demandada sobre ese monto, ya que del documento referido lo que se extrae es que se cuantificó una suma total de \$440.000 por concepto de viáticos que comprenden desde el 9 al 14 de septiembre de 2019 y que al actor se le canceló un anticipo de \$270.000; sin embargo, debe precisarse que la relación laboral finalizó el 13 de septiembre de 2019, según lo declaró la Juez A Quo, aspecto que no fue controvertido por el demandante, y que dicho recibo a pesar de enunciar que abarca seis días, comprende sumas referentes a siete, resultando por lo tanto ambiguo o equivoco para deducir de el la inferencia buscada por el demandante, esto es, que se le adeudan \$400.000, cuando adicionalmente en el mismo aparece un saldo a favor únicamente de \$170.000 sin precisar el beneficiario del mismo al haber quedado en blanco los espacios encaminados a tal fin.

Finalmente, frente a los descuentos efectuados por la demandada y que el actor según los hechos 14 y 15 de la demanda, asegura corresponden a la suma de \$1.000.000 por concepto de parqueadero y \$500.000 por comparendo impuesto por daño de luces del vehículo, la Sala precisa que al realizar la contestación de la demanda, y específicamente en el acápite denominado “4. EN CUANTO A DEVOLUCIÓN DE SUPUESTO DESCUENTOS NO AUTORIZADOS”, la empresa accionada aceptó la existencia en su poder de una autorización por valor de \$900.000 por concepto de inmovilización del vehículo WLX965 por “*infracción luces del carro*” aduciendo que obedeció a una situación generada únicamente en la conducta del demandante, deducción que según afirmó fue autorizada por éste.

En efecto al folio 113, obra documento sin fecha aportado por la demandada, el cual no fue redargüido de falso por el demandante y al haber sido decretado como prueba por la Juez A Quo, presta pleno valor probatorio, de conformidad con el cual el actor autorizó que se le deduzca la suma de \$900.000 en cuotas quincenales de \$50.000, situación que encaja en la cláusula decima primera del contrato de trabajo precisando además que el actor no logro demostrar los descuentos adicionales aducidos en la demanda.

Al respecto el artículo 59 del CST establece:

ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES} Se prohíbe a los {empleadores}:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.

b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.”

La cláusula décimo primera del contrato de trabajo las partes expresamente pactaron lo siguiente:

“DECIMA PRIMERA. Retenciones, deducciones y compensaciones. EL TRABAJADOR autoriza expresamente a la EMPRESA para que, cuando termine el presente contrato por cualquier causa, deduzca del valor de sus salarios (básico y comisiones) vacaciones, prestaciones sociales e indemnizaciones, la sumas que el TRABAJADOR le adeude por concepto de préstamos, anticipos, recaudos de cartera no entregados por EL TRABAJADOR a LA EMPRESA, y en general por cualquier otro concepto relacionado con el contrato de trabajo”.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior y al encontrarse debidamente autorizado el único descuento efectuado por la demandada por parte del trabajador no hay lugar a su devolución, por ser dicha situación acorde al marco normativo y contractual ya referenciado, y además provenir la erogación de una conducta imputable al trabajador. Al respecto, el demandante al rendir interrogatorio de parte, indicó que antes de salir de viaje debía verificar la condiciones del vehículo y que para el caso revisó las luces, las cuales estaban en óptimas condiciones, argumentando que las mismas se fundieron en el camino y que al ser las traseras del vehículo fue imposible percatarse lo que ocasionó el comparendo, sin embargo, no existe prueba que de cuenta que hubiera realizado en debida forma la revisión del vehículo que le competía efectuar antes de cada viaje, obligación que es acorde con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 58 del CST.

HORAS EXTRAS Y TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte actora, reclamó el reconocimiento y pago de horas extras en sábados y domingos.

Al respecto, advierte la Sala que la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que cuando se reclama el pago de horas extras, el trabajador debe probar que efectivamente las ha ejecutado, teniendo estas que ser precisas y claras. Así las cosas, se debe demostrar de manera concreta y determinada la cantidad de horas extras laboradas, así como los dominicales y festivos en que el trabajador laboró, ya que al Juez no le es posible dictar condena por estos pedimentos con base en suposiciones sobre cual pudo ser ese tiempo adicional laborado, carga probatoria que no cumplió el actor y que le correspondía al tenor del artículo 167 del CGP, al no acreditar la ejecución de actividades por fuera de la jornada legal establecida, el número de horas extras que dice se causaron, ni el lapso durante el cual desempeño las

mismas, lo que implica el despacho desfavorable de las pretensiones relacionada con el pago de horas extras debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado corresponde a esta Sala confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 23 de agosto de 2022.

COSTAS

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 23 de agosto de 2022, objeto de consulta conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

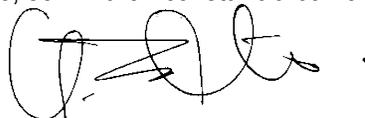
SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 542. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2021-00145-01 (229)

ACTA No. 547

San Juan de Pasto, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **JOSÉ EDWIN PÉREZ BASTIDAS** contra **DISTRIBUIDORA TROIPASTO S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, TROIPASTO S.A.S., que inicio desde el 1 abril de 2019. En virtud de tal declaración, solicitó imponer condena a cargo de la demanda traída a juicio, por las acreencias laborales enlistadas en el líbello genitor, e indemnización por despido sin justa causa y moratoria, así como el reconocimiento de derechos extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamento del anterior pedimento, señaló en síntesis, que desde el 24 de julio de 2018 hasta el 01 de abril de 2019, prestó sus servicios personales en la empresa ADIELA DE LOMBANA S.A., como asesor comercial, devengando un salario de \$897.686 pesos, y que, a partir del 01 de marzo de 2019, fue mejorado en sus ingresos laborales, percibiendo un salario de \$1.427.686. pesos, más auxilio de transporte. Posterior a ello, refirió que la empresa demandada, TROIPASTO S.A.S., le hizo un ofrecimiento de un mejor cargo como SUPERVISOR COMERCIAL, con una asignación salarial superior a la que percibía de lo cual afirmó haber aceptado y presentado carta de renuncia ante la empresa en la que estaba vinculado en ese momento.

Adicionalmente, mencionó que, una vez accedió a dicha oferta, inició los trámites para su ingreso, tales como exámenes médicos y solicitud de apertura de cuenta de nómina, y que, para el 1 de abril de 2019, se presentó en las instalaciones de la empresa demandada con el propósito de iniciar sus labores; no obstante, se encontró con que la empresa empezó a colocarle obstáculos que le impidieron efectuar su ingreso, para luego informarle la no contratación.

En vista de lo anterior, indicó que dicha decisión le generó perjuicios graves, dejando de percibir dineros correspondientes a salario, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, y auxilio de transporte, durante el tiempo que estuvo desempleado.

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma, la sociedad demandada la contestó a través de apoderado judicial para oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, señalando que nunca realizó algún tipo de vinculación al demandante; por el contrario, había llevado a cabo un proceso de selección de personal en el que cualquier persona podía participar, de manera que los aspirantes estaban sometidos a una evaluación, sin que tal proceso de selección genere una obligación contractual. Asimismo, sostuvo que los exámenes médicos a los que hace referencia el demandante formaban parte del proceso de selección y evaluación, y no del proceso de contratación; finalmente, resaltó que nunca el actor prestó sus servicios personales en favor de la empresa demandada.

Con base en ello propuso varias excepciones de fondo, que denominó *“inexistencia de la obligación por parte de la sociedad demandada por cuanto entre demandante y demandado no existió relación laboral alguna que los vincule u obligase, prescripción, y buena fe”*

2. DECISIÓN OBJETO DE CONSULTA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en Audiencia de Juzgamiento adelantada el 30 de mayo de 2023, declaró probada la excepción de fondo, denominada *“inexistencia de la obligación por parte de la sociedad demandada por cuanto entre demandante y demandado no existió relación laboral alguna que los vincule u obligase”*. En consecuencia, absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas procesales al demandante.

El Juzgado fundamentó su decisión en la falta de pruebas que respalden el hecho de que el actor hubiera prestado sus servicios en favor de la demanda, o ejercido alguna actividad de tipo laboral; además, argumentó que el demandante incurrió en una imprecisión al alegar que la empresa le hizo una oferta laboral directa, ya que, en realidad, él se había sometido voluntariamente a un proceso de selección.

Aunado a lo anterior, señaló que la realización del examen médico de ingreso y la apertura de cuenta de nómina, no se constituyen como actos en beneficio de la empresa, sino que forman parte integral del proceso de selección; concluyendo de esta manera que, tanto las pruebas documentales aportados al proceso como las declaraciones rendidas, no son suficientes para demostrar la prestación personal del servicio.

***CONSULTA.**

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

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, para quien resultó totalmente adversa y no fue apelada, siguiendo los lineamientos del artículo 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el artículo 14 del Decreto 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 3, numeral 1°. De la Ley 2213 de 2022, no se recibió ninguna intervención, según constancia secretarial del 8 de noviembre de 2023.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar i) ¿Se encuentran acreditados en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo, los elementos estructurantes reseñados en el

artículo 22 y 23 del C.S.T. En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones anheladas por el actor y enlistadas en el libelo genitor?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a dirimir la presente causa, advierte la Sala, primigeniamente, que en virtud del art. 167 del C. G. P. aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C. P. L. y S.S., es deber de la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y de la parte convocada, aquellos en los cuales estructuran su defensa. En este orden, le corresponde a la demandante demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que prestó personalmente el servicio a favor de quien convocó a la presente causa litigiosa como empleadora, que el mismo tenía el carácter de subordinado y que percibía a cambio una remuneración, como lo exigen los artículos 22 y 23 del C. S. T., aun cuando conforme al art. 24 del mismo compendio sustantivo, bastará probar el primer elemento, la prestación personal del servicio, para que por ley se presuma su existencia; pero además, su vigencia en el tiempo, ya que a partir de ahí se imponen las respectivas condenas. A su turno, la convocada a juicio tiene la carga de desvirtuar esta presunción legal, acreditando que el vínculo se desarrolló por fuera de los lineamientos laborales y en todo caso, desprovisto de cualquier rasgo de subordinación o dependencia.

Pues bien, antes de que este Cuerpo Colegiado aborde el aspecto total que concentra su atención, precisa advertir que la falladora de instancia consideró no acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por cuanto las pruebas documentales y los testimonios traídos a juicio no le generaron el suficiente convencimiento de ninguno de sus elementos, en especial, la prestación personal del servicio a favor de la demandada, conclusión que implicó la absolución de los pedimentos expuestos en el libelo introductorio.

Así las cosas, y conforme lo señalan los artículos 51 y 54 del C. S. del T., el contrato de trabajo puede acreditarse por cualquier medio probatorio ordinario, en procura de que el juez forme libremente su convencimiento, salvo los que requieran solemnidades específicas, por lo que pasa a analizarse el material probatorio arrojado al plenario en procura de verificar, en primer lugar, la prestación personal del servicio a favor de la persona jurídica llamada a juicio.

En todo caso y para cumplir con la revisión de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, se aborda una a una las declaraciones de los testigos, encontrando lo siguiente.

Por parte de la empresa demandada, se tiene inicialmente el testimonio de JAMES ARBEY TORO PINEDA, quien señaló trabajar para la demandada hace aproximadamente cinco años, aseguró que el demandante hizo parte de un proceso de selección ante la demandada, siendo participe de una serie de pruebas las cuales las practicaba el Departamento de Gestión Humana, quien se encargaba de seleccionar a tres personas, a quienes posteriormente se les practicaba una entrevista por parte de Gerencia, siendo la encargada de decidir el proceso de selección. Arguye que en ningún momento dio la instrucción que se le practicara al demandante los exámenes médicos de ingreso y menos la apertura de la cuenta de nómina y, finalmente señala que el proceso de selección del demandante no terminó satisfactoriamente, sin ser elegido para el cargo, razón por lo cual, no se firmó ningún tipo de contrato y, por ende, no existió prestación personal a la empresa demandada.

Así mismo, se recibió la declaración de ANGIE SMITH MARTÍNEZ VALENCIA, trabajadora de la empresa demandada, quien manifestó que el proceso de selección dentro de la demandada se realiza bajo una convocatoria, donde el área de Gestión Humana hace una preselección de candidatos evaluando las hojas de vida y, realizando pruebas psicotécnicas, de las cuales dicha área selecciona a tres candidatos, posteriormente, se les realiza el examen médico y, dicha información es enviada a Gerencia, quienes son los encargados de realizar una entrevista, la cual define el proceso de contratación. Después, refiere que Gerencia informa a Gestión Humana dicha selección, siendo dicha dependencia la encargada de informar al candidato seleccionado por medio de correo electrónico, para posteriormente, iniciar trámites de afiliación a Seguridad Social, ARL y demás. Por último, advierte que el demandante no aprobó la entrevista con Gerencia y, por lo tanto, no prestó sus servicios para la compañía.

Por otro lado, respecto al interrogatorio de parte absuelto por JOSÉ EDWIN PÉREZ BASTIDAS, indicó que prestó servicios a la DISTRIBUIDORA TROPIPASTO S.A.S., desde el 01 de abril de 2019 al 3 de abril de 2019, desempeñándose como supervisor comercial, acatando las órdenes que le fueran encomendadas, tales como, realizarse los exámenes médicos y realizar la apertura de cuenta de nómina, es decir, presentando y entregando los documentos que hacían parte del proceso de contratación, además, manifiesta que las funciones de acompañamiento y supervisión a los

asesores comerciales iba a realizarla a partir del 4 de abril de 2019. Indica que el Sr. FABIAN ENRÍQUEZ y la Dra. SOFÍA ACOSTA, fueron los encargados de confirmarle que era la persona seleccionada para prestar los servicios a la empresa, señalándole que sería por medio de contrato a término indefinido y con un salario básico de \$1.800.000, sin embargo, manifiesta que no firmó ningún contrato por escrito y, de igual manera, no firmó formularios de afiliación a ARL, AFP o fondo de cesantías con la empresa demandada.

Finalmente, la declaración de parte de GERMÁN PINZÓN, representante legal de la empresa demandada, aduce que el demandante no prestó en ningún momento servicios a la compañía, pues el actor ni siquiera tuvo contacto con el equipo comercial ni con los líderes de la organización. Además, refiere que el Sr. FABIAN ENRÍQUEZ no es funcionario de la compañía, pues sólo es un empleado de un proveedor y, la Sra. SOFÍA ACOSTA, en el momento que ocurrieron los hechos si era empleada, sin embargo, ya no trabaja para ellos debido a que no estaba alineada con los procesos decretados por la empresa.

Al igual que los testigos, indica que la selección de la terna la define el equipo de Gestión Humana y, quien toma la decisión final es el Gerente, que para ese tiempo era el Sr. JAMES ARBEY TORO PINEDA. Ahora bien, manifiesta que el haber entregado la carta de apertura de cuenta y la realización de exámenes médicos no traduce en ningún momento que el demandante iba a ser contratado, pues era una simple información que se les realizaba a todas las personas que conformaban la terna.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas documentales, se advierte reposan en el plenario diferentes documentos los cuales no dan cuenta de la prestación personal del servicio del demandante hacia la demandada, toda vez que se circunscriben a indicar trámites que realizó el actor para el proceso de selección y contratación, sin existir en ningún momento la intención de la demandada de realizar un vínculo contractual.

Lo que ocurre en la presente causa, es que el demandante incumplió con su onus probandi, pues de la verificación estricta de las versiones rendidas por los testigos traídos al proceso y de las pruebas documentales aportadas por la parte demandante, no es posible estructurar o edificar la existencia de un contrato de trabajo, ni siquiera se logra indiciar la prestación personal del servicio a favor de la convocada a juicio, en calidad de empleadora.

Por consiguiente, al no cumplir con rigor la carga demostrativa que le correspondía al convocante a juicio, en la forma antes explicada, no es aplicable la presunción del

elemento subordinación que trae el artículo 24 del C.S.T. ni analizar si éste fue desvirtuado. En suma, no es posible declarar la existencia del contrato de trabajo pretendido por el demandante y, por lo tanto, a esta Corporación no le queda sino confirmar la decisión de primera instancia, con la consecuente absolución de las pretensiones incoadas en su contra.

Por último, como el asunto se abordó en esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Sin lugar a condenar en costas en esta instancia por no haberse causado.

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



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada ponente



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 528353105001-2022-00117-01 (249)

ACTA No. 545

San Juan de Pasto, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario Laboral de la referencia instaurado por **PIEDAD GÓMEZ MOSQUERA** contra **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretenden la demandante, por esta vía ordinaria laboral, se declare el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante CELSO CHÁVES ANGULO, a partir del 7 de agosto de 2009, fecha de su deceso, fecha desde la cual reclama el retroactivo pensional, con el reajuste o el incremento correspondiente hasta que se haga efectivo el pago, y su debida indexación más las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señaló, en lo que interesa en el sub lite, que al señor CELSO CHÁVES ANGULO se le reconoció pensión de vejez con Resolución 1869 de 1998, que falleció el 7 de agosto de 2009, que convivió con el fallecido desde inicios del año 1994, hasta el fallecimiento del pensionado, aseguró que compartían techo, mesa y lecho, y además que dependía económicamente de él.

Aseguró que, el 13 de abril de 2021 radicó ante COLPENSIONES, la solicitud para que se le reconozca pensión sustitutiva, a su vez, la entidad el 2 de junio de 2021, negó lo requerido, el 15 de junio de 2021, presentó recurso de reposición y apelación los cuales se resolvieron desfavorablemente, agotando con ello la reclamación administrativa.

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Surtida la notificación personal en debida forma, la convocada COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, argumentando que la demandante no cumple con los requisitos legales para ser beneficiaria de una sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor CELSO CHAVES ANGULO q.e.p.d., pues argumentó que la demandante no acreditó haber mantenido una convivencia con el causante por lapso no menor a los cinco años anteriores al fallecimiento, razón por la que no le asiste el derecho que pretende. (PDF 07) e interpuso como excepciones de fondo, *“prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, la imposibilidad de condena en costas”*, y solicitó el reconocimiento oficioso de excepciones.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en Sentencia fechada 1° de junio de 2023, el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas procesales a la promotora de la Litis.

Para arribar a tal determinación, el juez cognoscente, luego de analizar las pruebas aportadas al proceso, no acreditó la convivencia real, efectiva y de apoyo mutuo de la demandante con el causante durante los últimos 5 años antes a su fallecimiento, pues el causante, tal como lo señaló su hijo en el testimonio de 2007 a 2009 convivió con sus hijos en la casa que compartió con su esposa, y fueron ellos quien lo cuidaron en sus últimos días junto con una amiga del señor CELSO NELLY CASTRO, concluyó el *a-quo* que dentro del proceso y debido a las múltiples incongruencias con las declaraciones de los testigos, y de la demandante no se logró probar el tiempo en el que la actora y el pensionado convivieron. Con base en lo anterior absolvió a la demandada de reconocer y pagar la deprecada sustitución pensional.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, para quien resultó totalmente adversa y no fue apelada,

siguiendo los lineamientos del artículo 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el artículo 14 del Decreto 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de la demandada Colpensiones, conforme da cuenta la constancia secretarial del 8 de noviembre de 2023.

La apoderada judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión desatar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Ostenta la demandante condición de beneficiaria para tener derecho a la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor CELSO CHAVES ANGULO (Q.E.P.D), de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993? En caso afirmativo ii) ¿Proceden los pedimentos invocados por la demandante?

2.2.1. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Antes de desarrollar los anteriores planteamientos, la Sala advierte que no es materia de cuestionamiento, por así reconocerlo la entidad demandada y verificable con la prueba documental arrojada al plenario (fl. 65 PDF 01), que al señor CELSO CHAVES ANGULO, se le reconoció pensión de vejez mediante la Resolución No. 1862 de 1998 y en consecuencia, debe analizarse la condición de beneficiaria que discute la demandante, como compañera permanente, a la luz de la norma vigente para el momento del deceso, esto es 7 de agosto de 2009, siendo el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Corresponde en este orden, verificar si la demandante Sra. PIEDAD GÓMEZ MOSQUERA, quien acude a la presente acción en calidad de compañera

permanente del causante Sr. CELSO (q.e.p.d), acredita la convivencia real y efectiva alegada desde el escrito inaugural, esto es, desde el año 1994.

Así, es de señalar que a voces del artículo 167 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 1757 del Estatuto Civil, aplicables en esta materia por disposición del art. 145 del C.P.L. y S. S, que consagra el principio de la carga de la prueba, quien judicialmente procure la declaración de derechos a su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar en juicio los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, pues la inactividad probatoria conlleva ineludiblemente a soportar un fallo, por lo que en materia laboral se debe seguir lo enseñado por los artículos 51 y 54 del C.P.L. y S.S.

Para el caso de la promotora de la Litis, por invocar la condición de compañera permanente, se verificará, además, que la vida marital con el causante haya perdurado por un tiempo igual o superior a los cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, por ser una clara exigencia del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aspecto que no podrá ser analizado en abstracto, sino con una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso.

De tal ejercicio analítico, que exigió valorar en conjunto la prueba documental y testimonial, de la que se extrae, que la demandante, con los testimonios rendidos dentro del presente asunto, no logro acreditar la convivencia efectiva con el de cujus desde 1994 hasta la fecha de su deceso, pues tal como lo dijo en su interrogatorio de parte: en 1994 se conoció con el causante y no tiene clara la fecha exacta de cuando fue a vivir con él, aseguró que convivió con el causante durante 9 años, sin embargo, según lo manifestado si empezó la convivencia en 1994 y falleció en 2009, la convivencia fue por alrededor de 15 años, y cuando se le cuestionó sobre la fecha de cumpleaños del causante así como por las patologías por las que falleció, aseguró no saber.

Se extrae de las versión rendida por el testigo CELSO CHAVEZ MONTAÑO, hijo del causante, que su padre convivió con la demandante desde 1994 hasta su muerte; quien también mencionó en una declaración extrajudio, que el causante convivió con su madre, hasta el fallecimiento de ella en 2001, también refirió que entre 2007 y 2009 el causante vivía con él en su domicilio, que desde que el causante enfermó fueron ellos quienes lo llevaron al hospital.

Por otro lado, la testigo ANA MILENA LÓPEZ MOSQUERA, aseguró que la demandante convivió con el causante hasta la fecha de su deceso que lo recuerda porque por la misma época falleció un familiar, no obstante, no recuerda la fecha.

Finalmente, el señor EULALIO ARBOLEDA, dijo conocer al causante, conocerlo desde el 1994 porque vivió en el barrio Antonio Nariño, pero que no eran amigos y que no sabe con quién él vivió.

Como se aprecia, de las anteriores declaraciones antes referidos, hay lugar a determinar que la aquí demandante y el causante, tuvieron una relación sentimental, sin embargo, no hay una prueba de la temporalidad en la que se llevó a cabo, pues hay incongruencias con la información brindada por los testigos respecto de la fecha en la que la demandante inició la convivencia con el causante y el desarrollo de la misma, por ello, se vislumbra que no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para determinar la convivencia de la pareja con vocación de permanencia.

Por lo anterior, concluye el Despacho que la demandante no cumple las condiciones para ser beneficiaria de la sustitución pensional del señor CELSO CHAVES ANGULO, por lo cual se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por el fallador de primera instancia.

2. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

No se condenará en costas en esta instancia, en razón a que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, el 1º de junio de 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia dado el grado jurisdiccional de consulta.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo señalado en el Decreto 806 de 2020, insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. Igualmente se notificará por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación a lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada ponente



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002 2021-00092-01 (256)

ACTA No. 549

San Juan de Pasto, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del traslado que se efectuó al RAIS promovido por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., y, en consecuencia, solicitó se condene a COLPENSIONES a reconocer a la actora como afiliada en el RPM, a recibir del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todas y cada una de las cotizaciones y rendimientos financieros, así como el bono pensional con indexación e intereses de mora pertinentes; por último, solicitó se impongan las costas procesales a cargo de las demandadas.

Como fundamento de los anteriores pedimentos, señaló en lo que interesa en el sub lite, que nació el 30 de enero de 1968 y se afilió al RPM el 23 de enero de 1989, a través del extinto ISS, hasta el 30 de junio de 1994; que, sin recibir una adecuada asesoría se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., el 01 de julio de 1994.

Agrego que, PORVENIR S.A., realizó una simulación de la pensión con el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, dando como resultado la aspiración

efectiva de la pensión de vejez a los 57 años y con una mesada pensional equivalente a \$1.129.500.00, la cual le resulta inferior a la que le hubiere correspondido en el RPM, situación que le generaría daños.

Finalmente, sostuvo que el 12 de noviembre de 2020 radicó reclamación administrativa ante las demandadas, buscando la obtención del traslado de régimen pensional al de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo respuesta negativa por parte de COLPENSIONES.

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por su parte, expuso que la decisión de traslado de la demandante fue libre, autónoma y voluntaria, quien, habiendo tenido durante 27 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y que, solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, ya no lo permitían, adicionalmente afirmó que, perdió automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al RAIS a través de PORVENIR S.A.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, prescripción de la acción, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa y la innominada o genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, consideró que el traslado de régimen tiene plena validez, y que, no puede ser declarado ineficaz, debido a que la actora lo realizó de manera libre y voluntaria. Con fundamento en ello, formuló como excepciones de fondo: prescripción, improcedencia declaratoria de la 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 la solicitud de reconocimiento de otras excepciones.

Por su parte, en concepto preliminar rendido por el Ministerio Público señaló que, de conformidad con la jurisprudencia en la materia, si la AFP convocada no prueba que cumplió con el deber de informar a la actora sobre los alcances del cambio de régimen pensional, en efecto el traslado al RAIS resultaría ineficaz con las consecuencias que ello implique.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 27 de abril de 2023, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la actora el día 20 de junio de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A.

En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales, la demandante siempre permaneció en el RPM, conservando los beneficios que éste ofrece, condenando a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Por último, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la excepción propuesta por COLPENSIONES en cuanto a la no condena en costas.

3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.

Inconforme con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la parte demandada, interpuso oportunamente recurso de apelación, señalando que, no existió prueba alguna que permita inferir que se haya afectado la voluntad sobre la demandante, pues la decisión del traslado la tomo después de que se le brindó una información idónea.

Por otra parte, destaco que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, que dio lugar a la afiliación, ya que ésto genera una grave afectación al derecho de defensa de la demandada.

Por último, frente a la condena en costas, refirió la accionada, siempre actuó de buena fe, con apego a la constitución y la ley, por tanto, no debería proceder dicho precepto.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público, y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15 numeral 1º de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de la parte demandada PORVENIR S.A., COLPENSIONES, y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 10 de octubre de 2023.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., solicitó que el fallo de primera instancia sea revocado, argumentando que hay una grave contradicción al declarar la ineficacia, porque no produciría ningún efecto jurídico, violando el respeto del equilibrio contractual y procesal, al suponer que tanto los rendimientos financieros, como el costo de su administración no se produjeron; adiciono que siempre mantuvo

información que para el momento estaba disponible; finalmente establece que las costas son excesivas.

La apoderada judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, se ratificó en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicitó no acceder, dentro del presente asunto, a las pretensiones invocadas por la parte actora, así como también revocar el fallo de primera instancia, y eximir de cualquier condena en su contra.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión interviene para pedir que la decisión de primer grado sea confirmada en su integridad, por cuanto declaró la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos de conformidad con el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, serán: i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante al RAIS resulta o no eficaz, ii) Establecer porque conceptos está obligado a trasladar el fondo demandado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, iii) sí procede absolver a PORVENIR S.A., de las costas impuestas en primera instancia?.

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.3.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021 y, hasta la actualidad, como la SL4297-2022, SL4322-2022 y la SL4324-2022, que se refiere a los deberes y responsabilidades al momento de privilegiar las técnicas interpretativas que amplíen el conjunto de las

garantías de los trabajadores y afiliados, todas éstas acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

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

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, y sobrevivencia, y los recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008, SL5514 de 2021 y SL3465-2022.

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y recientemente en la CSJ SL4324-2022).

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

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y

desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su transgresión 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.

3.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. MARIA DEL PILAR VELÁSQUEZ PATIÑO al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto, no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y durante el tiempo de permanencia del afiliado ante la administradora se ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurará libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 373 de 2021), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. MARIA DEL PILAR VELÁSQUEZ PATIÑO la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o

probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarla llegando incluso, de ser necesario, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto, y sin necesidad de mayores elucubraciones, que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la accionante ante PORVENIR S.A., que se efectuó el 20 de junio de 1994, (PDF 01, fl. 41), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo vinculada al RPMPD en cual cotizó al menos desde el 23 de enero de 1989, como se lee en la historia laboral y bono pensional arrimado al plenario (PDF 01 fls. 28 a 40), con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

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

En este sentido, se modificará el numeral segundo del fallo de primera instancia para ordenar al fondo privado pensional, trasladar la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual, rendimientos financieros, utilidades obtenidas, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; igualmente, se modificará el numeral tercero para ordenar a COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar la historia laboral, una vez reciba los valores provenientes del RAIS.

Se avala, igualmente, la orden impuesta a la demandada PORVENIR S.A., de devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima, los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal

q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dichos fondos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008 y SL5660 de 2021, en las que se indica que la indexación se aplica porque estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM, efecto que viene decantado desde la sentencia 31989 de 2008 y se reitera en la CSJ SL2877-2020, CSJ SL4063-2021 y CSJ SL3188-2022. Así mismo se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre.

En igual sentido, se respalda la orden de reconocer la diferencia o merma entre el valor total a trasladar por la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES si la actora hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza del afiliado, porque en efecto se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Aclarando que todo lo anterior no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de esta figura, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por la demandante es la

ineficacia de tal acto jurídico en procura de alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

3.3. EXCEPCIONES

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Con relación a este aspecto motivo de discusión por parte de la apoderada de PORVENIR S.A., debe indicar la Sala que, no es procedente absolverla de la condena en costas, toda vez que, en primer lugar fue el fondo que originó la declaratoria de ineficacia de traslado por falta al deber de información, siendo por demás, vencido en el proceso y se le ordenó trasladar unas sumas, además de tratarse de un criterio objetivo la imposición de estas conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso. Confirma este aspecto apelado.

3.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

LAS COSTAS PROCESALES en esta instancia no se impondrán en cabeza de COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, no obstante, por cómo se desata el recurso de alzada interpuesto por PORVENIR S.A., las mismas serán impuestas en el valor de 2smImv a su cargo, mismos que serán liquidados de conformidad con lo expuesto en el artículo 366 de C.G.P.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Pasto, el 27 de abril de 2023, conforme las consideraciones que anteceden, para, en su lugar, disponer:

SEGUNDO. CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, representada legalmente por SILVIA LUCIA REYES ACEVEDO, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 37.893.544 como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante, trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, bonos pensionales si los hubiere, y debidamente indexados los conceptos de: gastos de administración y/o comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades. 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.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Pasto, conforme las consideraciones que anteceden, para, en su lugar, disponer:

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar y actualizar la historia laboral para los efectos pertinentes. Si luego de este ejercicio financiero, aún existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que la actora hubiere permanecido en él, PORVENIR S.A. deberá asumir dicha diferencia con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS a la que estuvo afiliada la demandante”.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Pasto, el 27 de abril de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

CUARTO. Las COSTAS por cómo se resuelve el recurso de alzada se impondrán en cabeza de PORVENIR S.A., en un valor de 2smilmv, mismas que serán liquidados de conformidad con el artículo 366 del C.G.P., sin lugar a condena en costas en cabeza de COLPENSIONES por el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor.

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



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada ponente



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No.520013105003- 2022-00154-01 (294)

En San Juan de Pasto, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil veintitrés (2023), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **CARMELITA ROCIO ARROYO CIFUENTES** contra **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

CARMELITA ROCIO ARROYO CIFUENTES, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** Consecuencialmente se condene a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales obtenidos, gastos de administración generados durante su permanencia en el RAIS incluido a **PROTECCIÓN S.A.** Así mismo, solicitó se condene a **PORVENIR S.A.** a reconocer las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicitó se declare que **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** son responsables por la inducción al error de la demandante al momento de diligenciar su vinculación y traslado al RAIS, y del perjuicio económico causado. Como consecuencia de lo anterior pretende se condene a las demandadas a reconocerle una pensión de vejez en las mismas condiciones y en cuantía igual a la que hubiese correspondido en el RPM.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **27 de julio de 1966**. Que conforme al certificado de afiliación expedido por **COLPENSIONES**, estuvo afiliada al extinto ISS, desde agosto de

1994 hasta marzo de 1999 a PROTECCIÓN S.A., y a partir de agosto de 2000 registra un traslado PORVENIR S.A., acreditando un total de 1203 semanas cotizadas. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual. Que PORVENIR S.A., el 15 de diciembre de 2021, le dio a conocer los resultados de una simulación pensional de los 55 años hasta los 60. Que las demandadas le han negado el traslado al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 23 de junio de 2022 (Fl. 70), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en su defensa propusieron las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA”, “PRESCRIPCIÓN”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, entre otras (fls.120 y y ss y fls. 587 y ss).

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DEL DERECHO PARA PEDIR, POR OSTENTAR UNA SITUACIÓN PENSIONAL CONSOLIDADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS”. (Fls. 164 y ss).

El juzgado de conocimiento el 31 de junio de 2023, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario, declaró la ineficacia de traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a través de PROTECCION S.A. así como el realizado a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., el 1º de septiembre de 2000. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al R.A.I.S.

y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a cargo de COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales que haya lugar. Igualmente condenó a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. 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. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de POVENIR S.A. todos los valores descritos en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia y tener a la demandante como afiliada al RPM. Declaró probadas la excepción de AUSENCIA EFECTIVA DEL DAÑO e INEXISTENCIA DEL DAÑO, presentada por PROTECCIÓN S.A. y la de imposibilidad de condenas en costas formulada por COLPENSIONES. Condeno en costas a PORVENIR S.A. y absolvió de las pretensiones a PROTECCION S.A., por cuanto realizó el traslado de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante al fondo PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 2000.

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que en el caso que nos ocupa no es posible declarar la ineficacia del traslado, en tanto, la demandada laboraba para PROTECCIÓN S.A. como asesora comercial, luego no es procedente que ahora invoque la falta de información, lo cual desconoce la Ley 797 de 2003 y los actos propios de la demandante de ratificación a los fondos de pensiones. Advirtió además que no fue la AFP a la cual se trasladó la demandante inicialmente. Indicó que, si en gracia de discusión se aceptara la decisión de la primera instancia, solo deben devolverse los aportes y rendimientos, más no los gastos de administración ni los seguros previsionales, emolumentos que no están destinados a financiar la pensión, pues por el contrario lo que hicieron fue amparar a la demandante en las diferentes contingencias. Finalmente, solicitó se declare probada la excepción de prescripción.

COLPENSIONES

El apoderado de Colpensiones, aseguró que la decisión de la Juez A Quo, contradice lo dispuesto en sentencia T 422- 2011 pues en su sentir cualquier persona con la simple manifestación de falta de información podría trasladarse del RAIS al RPM. Además, manifestó que se desconoce la sentencia SL413 de 2018, al no reconocer que la actora ejecutó actos de reconocimiento antes las AFP privadas que denotan su voluntad de permanecer en ella, más

aún cuando la actora laboraba en PROTECCIÓN S.A. como asesorar por ello conocía las condiciones del RAIS.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

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

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

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

Por su parte, la delegada del MINISTERIO PUBLICO, solicitó se confirme la sentencia en su integridad, toda vez que la misma atiende a los fundamentos de orden jurídico y jurisprudencial que gobiernan la materia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar

la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

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

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

la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subraya la Sala)

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que PROTECCIÓN S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante inicialmente se trasladó en el año 1994 ni HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., a la que se trasladó en el año 2000, cumplieron con el deber de información que les correspondía, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por el ISS, según la historia laboral que obra a folios 582. En consecuencia, contrario a lo que afirma la apoderada de PORVENIR S.A. le correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efecto de los traslados la actora recibió por parte de las demandadas independientemente de que para la época del traslado al actora fuera asesora comercial de PROTECCIÓN S.A., pues no se acreditó que en calidad de tal conociera las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se le hubiera dado a conocer a la demandante los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el de ahorro individual, pues del formulario de solicitud de vinculación o traslado suministrado por parte de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., que data del año 2000 visible al folio 668, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que les competía tales como; ilustrar, informar y documentar a la afiliada, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma,

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

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

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

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de la demandada PORVENIR S.A. pues como quiera que la actora se encontraba afiliada al ISS, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas ni frente a terceros, por ello confirmará la decisión de primera instancia que declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante según el documento del folio 664 a PROTECCIÓN S.A. el 28 de julio de 1994, así como el efectuado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., 1º de septiembre de 2000, conclusión que no implica una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes

se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

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

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

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

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

EXCEPCIONES.

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

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

En cuanto a las excepciones propuestas por PROTECCIÓN, dadas las resultas de la alzada se declararán no probadas.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por la parte actora y el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala y modificar los numerales segundo y

cuarto, y se revocará el numeral sexto al imponerse condenas en contra de PROTECCIÓN S.A. En lo restante la sentencia se confirmará.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente, esto es, la suma de \$2.320.000, para cada una, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR LOS NUMERALES SEGUNDO y CUARTO, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de junio de 2023, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

*“**SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A.** como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de **COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con **PROTECCIÓN S.A.**, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, estos tres últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

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

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo denominadas ausencia de prueba efectiva del daño e inexistencia del daño” propuestas por PROTECCIÓN S.A., y no probadas las restantes, así como las formuladas por PORVENIR S.A. Declarar probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENAS EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES y no probadas las restantes”.

TERCERO: REVOCAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de junio de 2023, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, al haberse impuesto condenas a cargo de PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 30 de junio de 2023, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000, para cada una las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 544. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado