

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2019-00316-01 (366)

ACTA No. 148

San Juan de Pasto, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **GERMAN ALBERTO NIÑO MALAGÓN** en contra de la **INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante que se declare, por la vía ordinaria laboral, que con la IPS demandada existió un contrato de trabajo que rigió desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 30 de marzo de 2019. En consecuencia, solicita se le condene al pago de las acreencias laborales enlistadas en el libelo genitor como principales y subsidiarias, debidamente indexadas, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que prestó sus servicios personales como odontólogo a favor de la IPS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S., a través de diferentes contratos que la accionada denominó "*de cuentas en participación*", entre el 1º de marzo de 2013 al 30 de marzo de 2019; que trabajó ininterrumpidamente bajo la subordinación y dependencia de la accionada, cumpliendo una jornada de trabajo de lunes a viernes de 8:30 am a 12:30 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm, sin incluir días festivos y los sábados de 8:00 am a 1:00 pm; que como contraprestación de sus servicios personales devengó para el año 2013 la suma mensual de \$1.500.000 y entre el año 2014 y 2019,

\$3.500.000; que en el referido contrato se estipuló lo siguiente: i) que ostentaría la condición de socio gestor y la accionada, socio partícipe, ii) que se comprometía a prestar sus servicios de odontología para los pacientes de la accionada y ésta aportaría las instalaciones físicas, la unidad odontológica, elementos y materiales necesarios para ejecutar la gestión; que en esta relación jurídica, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, verdaderamente existió un contrato de trabajo por mediar los tres elementos que lo constituyen; y que, el 18 de marzo de 2019, la accionada, por medio de la Jefe de Talento Humano, Sra. MARY VIDAL, termina el contrato de trabajo en forma unilateral y sin que medie justa causa, desconociendo por completo el término para notificar su intención de no prorrogarlo (fls. 38 a 59).

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada la demanda y admitida por el Juzgado de conocimiento mediante auto del 29 de octubre de 2019 (fl. 60), se notificó en debida forma a la demandada, quien a través de apoderada judicial y dentro de la oportunidad legal, la contestó manifestando que los extremos temporales señalados en la demanda no corresponden a la realidad fáctica del caso, pues el primer vínculo comercial con el actor se dio a partir del 1º de febrero de 2014 y terminó en junio del mismo año por decisión del demandante. Que se vinculó posteriormente en el año 2017, a través de un contrato de *cuentas en participación*, que conlleva independencia y autonomía del actor en la ejecución de sus labores. Expone, además, que el actor actúa de mala fe al señalar que su vinculación en la ciudad de Neiva fue con una filial de la sociedad demandada, pues como se demuestra con el certificado de existencia y representación legal, su representada solamente tiene agencia en la ciudad de Pasto. Por lo expuesto se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas por activa, formulando las excepciones de “ausencia de subordinación por cuenta de la I.P.S. Protegemos Salud y Bienestar S.A.S.”, “inexistencia de relación laboral”, “cobro de lo no debido”, “prescripción de los derechos y obligaciones laborales”, “mala fe y acción de temeridad” y la “innominada”. (fl. 75 a 88).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en decisión fechada 2 de junio de 2021, el director judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto declaró probada la excepción de fondo propuesta por pasiva denominada “AUSENCIA DE SUBORDINACIÓN” y, en

consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones formuladas en su contra, condenando al demandante a asumir las costas de primera instancia.

Para arribar a tal conclusión, el juez cognoscente estableció que si bien se acreditó la prestación personal del servicio del promotor del litigio a favor de la institución accionada, como se verifica de la prueba documental y testimonial allegada al plenario, la misma desvirtuó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., respecto de la subordinación. Arguyó que la versión rendida por la testigo no corroboró las situaciones planteadas en la demanda en tanto las órdenes que le impartían estaban relacionadas con los pacientes que debía atender y no sobre la forma o modo como hacer su labor.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

Inconforme con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la parte demandante interpone recurso de apelación en procura de su revocatoria, por considerar que la presunción que trae el artículo 24 del C.S.T. en ningún momento se desvirtuó con el interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal de la accionada.

Señala que el artículo 507 del Código de Comercio, establece que el contrato de cuentas en participación es un acto por el cual dos o más personas, que tienen calidad de comerciantes, toman interés en una o varias actividades mercantiles y lo que acredita en el plenario es que el accionante no ostentaba tal calidad.

Agrega que tampoco se dio una interpretación idónea a las pruebas, toda vez que a la accionada le correspondía desvirtuar todo lo relacionado con el horario de trabajo, remuneración y subordinación y ello no ocurrió.

Arguye, finalmente, que en el ordenamiento jurídico laboral debe operar la realidad sobre las formalidades, por tanto, lo sustancial nunca puede subordinarse a lo accidental, mostrando total desacuerdo con el resultado desfavorable de las presunciones porque, en su sentir, es evidente que existe un contrato realidad de trabajo y que la parte demandada incurrió en mala fe al camuflarlo con el denominado “*cuentas en participación*” para evitar el pago y reconocimiento de las erogaciones laborales propias del vínculo laboral.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibieron -vía electrónica- las intervenciones del representante de la demandada y del Ministerio Público, según constancia secretarial de 19 de octubre de 2021.

El primero de ellos para insistir en que dentro del proceso se probó la existencia del *contrato de cuentas de participación* suscrito entre las partes, desvirtuando así la posibilidad de un contrato de trabajo entre el 1º de marzo de 2013 al 30 de marzo de 2019, como lo pretende la parte demandante. Agrega que en la presente contienda se acreditó que el señor GERMAN ALBERTO NIÑO no era subordinado por la IPS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S., o de alguno de sus representantes, por cuanto el mismo disponía de su agenda para la atención de pacientes y determinaba los horarios de atención, por lo que solicita confirman íntegramente la decisión impelida en primera instancia.

Por su parte, el Procurador Delegado del Ministerio Público ante esta instancia judicial, considera que la prestación personal del servicio del actor, como odontólogo, se demostró plenamente con la prueba documental y testimonial, siendo un hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, lo que constituye confesión por apoderado judicial. En ese orden, correspondía a la accionada desvirtuar la presunción que pesa en su contra, pero ello no ocurrió, por lo que expone su desacuerdo con el juzgador de primera instancia y, por tanto, la vinculación materia de estudio es de carácter laboral, cuando además se acreditó la existencia de ciertos elementos propios y característicos de la subordinación, como el horario, asistencia a reuniones, dotación de oficinas y elementos de trabajo, llamadas de atención, permisos, etc.

Expone, adicionalmente, que existe una indebida valoración probatoria por cuanto de la versión entregada por la única testigo que compareció al proceso, se extrae que cumplía un horario de 8:00 am a 12:00m y de 2:00 pm a 6:00 pm, de lunes a viernes y los sábados hasta la 1:00 pm, que cuando no tenía pacientes a las 8:00 am, debía de todas maneras garantizar la disponibilidad para realizar otro tipo de procedimientos no programados previamente.

Arguye que el *contrato de cuentas en participación*, per se, no es suficiente para desvirtuar la presunción que pesa en contra de la demandada, pues fue el instrumento que se utilizó para disfrazar el verdadero vínculo y, por tanto, se torna en ineficaz ante la realidad de los hechos, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas del artículo 53 de la Constitución Política.

Así las cosas, solicita revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones formuladas en la demanda, salvo la de ineficacia de la terminación del contrato por improcedente, al no estar contemplada en la ley.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión desatar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se acreditan en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo alegado por el convocante a juicio, 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 al accionante 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.

Bajo tal escenario, es preciso reiterar por parte del Juez Colegiado, como ya se ha hecho en innumerables oportunidades, que el principio constitucional de primacía de la realidad se edifica como derecho sobre realidades y verdades en conexión entre el respeto a la dignidad humana y la justicia social que envuelve el trabajo. Tal principio le permite al operador judicial gratificar la realidad de los hechos sobre lo que se pueda observar en documentos o escritos rubricados por las partes e incluso en su misma voluntad, derivada quizá de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, permitiendo en consecuencia establecer la existencia de una relación laboral y con ello, el amparo por los derechos y prerrogativas que de ésta se desprenden, de carácter irrenunciable, en favor de los trabajadores.

Tal protección se consagra no solo en el art. 53 constitucional, sino que es objeto primordial del Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 1º. y 13º, en la recomendación número 198 expedida en el año 2006 por la Organización Internacional del Trabajo, que en virtud del bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 93 de nuestra Carta Magna se incorpora a nuestro catálogo de derechos y prerrogativas.

Es que, recuérdese, el papel del juez al momento de abordar el estudio de esta clase de contiendas, es escudriñar la verdad real, la que se oculta en el manto de las figuras manipuladas sin quedarse en el confort de aquella que las partes deliberadamente hacen ver en la actuación judicial.

Claro lo anterior, el Juez Plural, para desarrollar los puntos torales sobre los cuales gira la presente contienda litigiosa, abordará el estudio de los siguientes temas:

1. CONTRATO DE TRABAJO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

Para abordar este primer punto, la Sala verificará si en la relación jurídica alegada por activa se configuran, de manera condigna, los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo contemplados en el artículo 23 del C.S.T.

a) Prestación personal del servicio

Este elemento total de la relación jurídica que envolvió a los contratantes y ahora contendientes no se discute, pues como acertadamente lo resalta el representante del Ministerio Público, se trata de un hecho aceptado por la convocada a juicio desde la contestación de la demanda, lo que constituye confesión por apoderado judicial, en tanto aceptó que el profesional GERMÁN NIÑO MALAGÓN, en el cargo de odontólogo, atendió este servicio a cargo de la demandada IPS PROTEGEMOS S.A.S. Y tal situación se corrobora, además, con la versión rendida por la Sra. NUVELI CATHERINE LARA, única testigo traída al proceso por la parte demandante, quien fungió como su auxiliar y, por ende, conoce de forma directa las circunstancias que rodearon la relación que ahora se discute.

Ello igualmente se desprende de los denominados *CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN* (fls. 28 a 29, 89 y 90), en los cuales se identifica al actor como SOCIO GESTOR, quien aportará sus “*Servicios de Odontología para los pacientes de la IPS*” y además, de la constancia allegada a folio 30, expedida por el encargado de Recursos Humanos de la demandada, quien da cuenta que el promotor de la Litis presta sus servicios como ODONTÓLOGO de la empresa.

b) Subordinación

Demostrada como se encuentra la prestación personal del servicio, la Sala concentrará su atención en contrastar si la I.P.S. PROTEGEMOS S.A.S. traída a juicio cumplió con su carga probatoria, conforme lo exige el ya mencionado art. 167 del C.G.P., correspondiéndole demostrar que dicha prestación del servicio se desplegó de forma autónoma y sin visos de subordinación, para así desvirtuar la citada presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Y desde ya advierte el Juez Plural que no lo hizo, pues contrario a lo establecido por el fallador judicial de primer grado, luego de hacer un exhaustivo ejercicio analítico del material documental y testimonial que conforman el haz probatorio, a la luz de lo establecido en el artículo 60 y 61 del C.P.L. y S.S., se establece de forma diáfana que

la prestación del servicio se desarrolló con templados trazos de subordinación y dependencia.

En efecto, de lo depuesto por la única testigo traída por cuenta de la parte demandante, en su condición de auxiliar de odontología al servicio de la demandada y encargada de apoyar la gestión del actor, se desprende que él cumplía un horario de trabajo de 8 a.m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m., de lunes a viernes y los sábados de 8 a.m. a 1 p.m., que cuando no podía asistir debía pedir permiso con anticipación, de lo contrario de parte de Recursos Humanos se indagaba sobre tal circunstancia.

Relata que “los doctores”, dentro de los cuales se incluye al promotor de la Litis, debían estar disponibles siempre, desde las 8 a.m., así se les fijara los pacientes desde las 9 a.m.; que miró a la jefe de Recursos Humanos, PAULA RUANO, dando órdenes al actor respecto del horario, así como de las medidas de bioseguridad; que las agendas de los pacientes eran manejadas por los asesores y auxiliares y vigiladas por la jefe de Recursos Humanos; que no podía atender pacientes particulares porque todos eran agendados por los asesores. Alude, respecto de los insumos de trabajo, instrumentos y mantenimiento de los equipos, que los suministraba la empresa y que tanto ella como los doctores debían asistir a reuniones y capacitaciones dirigidas por la demandada.

Ahora bien, analizados los contratos denominados *cuentas en participación*, suscritos entre las partes en litigio en los años 2014 y 2017, en su cláusula cuarta, sobre APORTES DE LOS ASOCIADOS, se estipuló que el SOCIO PARTICIPE – PROTEGEMOS- aportaría “A) Las instalaciones, Unidad Odontológica, demás elementos y materiales necesarios para la ejecución de la gestión. B) Manejar la agenda de los Pacientes afiliados a la IPS. C) El Talento Humano idóneo para la gestión a desarrollar en cada área”, con lo que se corrobora lo dicho por la testigo y desvirtúa lo manifestado por el Representante Legal, quien al absolver el interrogatorio de parte mencionó que algunos odontólogos llevaban sus instrumentos y que los materiales se compraban con su participación.

En cuanto al cumplimiento del horario de trabajo, es preciso advertir que en el ejercicio de actividades liberales, en ocasiones, ello es el resultado de determinadas actividades que no se pueden hacer en forma caprichosa o arbitraria sino

coordinada con las otras áreas del servicio requerido; sin embargo, este no es el caso que ahora concita la atención del Colegiado, porque la disposición del tiempo de servicio no era del libre albedrío del demandante sino sujeto a la agenda manejada por las asesoras de la IPS y supervisado por la Jefe de Recursos Humanos de la misma institución, ejerciendo poder subordinante e incluso sancionatorio, si a ello hubiere lugar.

En tal sentido y contrario a lo expresado por el Juez de primer grado, para este caso concreto la parte demandada no cumplió con su obligación probatoria de desvirtuar la presunción antes aludida, enfatizando en que el contrato suscrito en dos ocasiones por las partes, denominado *CUENTAS EN PARTICIPACIÓN*, en nada contribuye para derruir el elemento subordinación, porque fue precisamente éste el instrumento que se utilizó por la convocada a juicio para desnaturalizar el contrato de trabajo que se gestó con el promotor del litigio y así liberarse, en consecuencia, de las cargas que en su condición de empleador se le imponían.

De esta manera se privilegia la primacía de la realidad sobre las formas y se veneran los principios mínimos y fundamentales que trae el artículo 53 Constitucional, siendo preciso insistir en el deber de los falladores de justicia en el ámbito del derecho laboral, de escudriñar la realidad que envolvió el giro de las relaciones laborales de los trabajadores vs. empleadores, independientemente de las figuras manipuladas o de los documentos con los cuales se pretendió desdibujarlas, en amparo -por supuesto- de los derechos mínimos, fundamentales e irrenunciables de los trabajadores.

Así lo concluyó la Honorable Corte Constitucional, cuando al confrontar el artículo 2º. de la Ley 50 de 1990 con el marco legal y constitucional que rige el Derecho Laboral colombiano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, sentencia C-665 de 1998, Mag. Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló:

“(...) Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación

ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”.

c) Extremos temporales y salario

Cumplidos los dos primeros elementos del contrato de trabajo, la prestación personal del servicio y la subordinación, se cotejará si los extremos temporales y el salario se encuentran acreditados, siendo carga demostrativa, forma exclusiva, del demandante, por tratarse de aspectos esenciales para poder imponer condenas en contra del empleador omisivo. Lo que se concluye en el sub examine, es que la misma se cumplió a cabalidad con la prueba documental aportada al dossier, la que no fue tachada ni redargüida por la contraparte y, por tanto, presta pleno valor probatorio. De ella se evidencia lo siguiente:

En cuanto al extremo inicial, se acredita suficientemente con la constancia expedida por la oficina de Recursos Humanos de la IPS PROTEGEMOS S.A.S., obrante a folio 30, que da cuenta que el profesional NIÑO MALAGÓN prestó sus servicios como odontólogo en la IPS accionada desde el 1º de marzo de 2013, devengando como salario para la fecha de la constancia (13 de noviembre de 2018) la suma de \$3.500.000. El tope final de la relación 30 de marzo de 2019, que se atestigua con la carta de terminación de los servicios del demandante, suscrita por el jefe de la misma dependencia el 16 de marzo de 2019 (fl. 31).

Con respecto a la continuidad del servicio desde el 1º de marzo de 2013 al 30 de marzo de 2019, es preciso advertir que si bien la IPS demandada alude en su escrito de contestación que el actor se retiró en el año 2015 para trabajar en la ciudad de Neiva y volvió en el 2017, concretamente entre el 7 de septiembre de 2015 a 31 de enero de 2017, lo cierto es que no se interrumpió el servicio sino que se cambió de sede a otra de Protegemos en esa ciudad, de propiedad de la señora Angie Bustos esposa de Reiman Morales, socio de Protegemos Plus, circunstancia que fue avalada por la única testigo NUVELY CATHERINE LARA, quien mencionó que a los auxiliares les informaron que el Dr. Niño Malagón se trasladó a la sede de Protegemos en Neiva.

Ahora, en la certificación de existencia y representación de la IPS demandada, allegada al expediente, no se registran otras sedes, argumento que utiliza la demandada para afirmar que no es cierto que la relación fue continua; sin embargo, de los documentos aportados por la IPS con la contestación de la demanda, referentes a los pagos de OPS de los periodos agosto a diciembre de 2018, se realiza

un descuento denominado "Garantía Neiva", lo que hace inferir a la Sala de Decisión que lo dicho por el actor corresponde a la realidad pues ninguna justificación se encuentra para que una empresa con sede en Pasto y sin conexión legal con otra, aplique descuentos sobre trabajos realizados en otra, si no fuera por el enlace existente entre ellas, así la misma no se encuentre registrada conforme a derecho. Situación fáctica que además se ratifica con la constancia a la que se hizo referencia en precedencia, en la cual se establece que el actor prestó sus servicios desde el 1º de marzo de 2013 hasta su expedición, esto es, 18 de noviembre de 2018.

Por último, no queda sino determinar el salario devengado durante el lapso que duró la relación laboral, para lo cual acudiremos a lo consagrado en el artículo 132 del C. S. del T., modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que señala que en esta clase de vínculo jurídicos se tendrá como salario devengado por el demandante el mínimo legal mensual vigente, ello en atención a que en lo que respecta a los años 2013, 2015, 2016 y 2017 no se allegó prueba alguna que acredite el valor real devengado. Y en lo que respecta al año 2014, se tendrá igualmente el s.m.l.m.v, pues de los pagos aportados se acredita como pago un valor inferior al mínimo.

Situación diferente ocurre con el año 2018, el que se fija en \$3.500.000, como se consignó en la constancia obrante a folio 30 y del año 2019, el promedio de lo que se probó con los reportes aportados por la IPS demandada para los meses enero, febrero y marzo.

Por consiguiente, todos los elementos constitutivos del contrato de trabajo se encuentran debidamente acreditados y por ello, la decisión impartida en primera instancia, sometida a escrutinio del Juez Plural, no se ajusta a derecho y por lo mismo será revocada, para, en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que rigió entre las partes que componen la Litis desde el 1º de marzo de 2013 al 30 de marzo de 2019.

2. LIQUIDACIÓN DE ACRENCIAS LABORALES A FAVOR DEL DEMANDANTE

En este orden y para proceder a liquidar las condenas a cargo de la demandada y a favor del convocante a juicio, precisa analizar, anticipadamente, si operó el fenómeno prescriptivo, excepción propuesta por la demandada al contestar el escrito inicial, teniendo en cuenta que el vínculo laboral terminó el 30 de marzo de 2019 y la acción se radicó el 9 de agosto de la misma anualidad. En efecto, siguiendo

lo preceptuado por el artículo 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.L. y S.S., todos los derechos que se causaron antes del 9 de agosto de 2016 se encuentra afectados por este fenómeno extintivo, con excepción del auxilio de cesantías y para la compensación de vacaciones, se contará con un año más. En consecuencia, la I.P.S. PROTEGEMOS S.A.S. será condena a pagar las siguientes sumas de dinero:

CONCEPTO	VALOR A PAGAR
AUXILIO DE CESANTÍAS	\$7.543.171
INTERESES A LA CESANTÍAS	\$625.526
COMPENSACIÓN DE VACACIONES	\$3.635.760,95
PRIMA DE SERVICIOS	\$5.122.266
SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS	\$26.487.701

2.1. CÁLCULO ACTUARIAL

Constituye como obligación a cargo de los empleadores, tanto en el sector público como privado, la afiliación, cotización y pago de los aportes a la Seguridad Social Integral durante la vigencia de la relación laboral, no solo porque existe expreso mandato constitucional sino porque, además, el legislador dispuso un haz normativo encaminado a la protección de los derechos de los trabajadores. Lo anterior tiene sustento en los artículos 17 y 22 de la ley 100 de 1993, donde contempla como obligación en cabeza del empleador el pago de los aportes al sistema, con base en el salario o ingreso del trabajador.

Frente a este tema, Nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional, en reiterados pronunciamientos, ha delineado los efectos de la no afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por ejemplo, en las sentencias SL646-2013, SL-2731-2015, SL-3009-2017, en las cuales expuso:

“Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliar a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6º del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, (...)”.

Resulta claro, en consecuencia, que al acreditarse la existencia de un contrato de trabajo vigente desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 30 de marzo de 2019, es de cargo de la IPS empleadora el pago del cálculo actuarial que para el efecto realice

la entidad pensional competente, para este caso COLPENSIONES como lo solicita el trabajador, tomando como remuneración la tabla que se anexará en la parte resolutive de la presente decisión, con la aclaración que el cálculo solamente se efectuará respecto de los periodos sobre los cuales no se reporta cotización.

2.2 INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Sobre este tema puntual Nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional, en reciente sentencia SL2805-2020, de julio 8 de 2020, M.P. Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, reiterando el criterio adoptado de antaño, sostuvo que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. no está sometida a reglas absolutas e inexorables, de manera que no puede ser impuesta o excluida de forma automática, sino que es preciso examinar las condiciones particulares de cada caso pues su aplicación no es automática y, con apego a ellas, establecer si la empleadora tenía razones válidas, sólidas y atendibles para dejar de pagar los salarios y prestaciones sociales del trabajador, de manera que pueda ser inscrita en el universo de la buena fe.

En ese entendido, observa la Sala que en el presente asunto se acredita efectivamente la falta de pago de prestaciones sociales a favor del demandante, sin que la IPS PROTEGEMOS justifique, con argumentos válidos, tal omisión. Es por lo que, aunque insista que el contrato con el actor no era de carácter laboral, lo cierto es que para esta Sala de Decisión realizar maniobras que pretendan ocultar una verdadera relación laboral, utilizando indebidamente una figura comercial para ocultar, por tantos años, un verdadero vínculo laboral no puede enlistarse como tal, más aún cuando la actividad probatoria desplegada por la parte demandada en esta causa litigiosa, en este puntual aspecto, brillo por su ausencia.

Así las cosas, no queda sino imponer tal resarcimiento, a favor del demandante y a cargo de la demandada, que equivale a un día de salario por cada día de mora desde el día siguiente a la terminación del vínculo, esto es, desde el 31 de marzo de 2019 y hasta el mes 24, como lo dispone el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para quienes devengan un salario superior al mínimo legal como en el sub lite, que fue para el mes de marzo de 2019 de \$2.138.583 y a partir del mes 25 se causarán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y sobre el monto de lo adeudado.

2.3. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

En relación con la carga demostrativa en este tema, se tiene que es de cargo del demandante probar el hecho del despido y de la demandada, las razones que le llevaron a adoptar tal decisión, de tal suerte que si ella se ajusta a las justas causas reguladas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del C.S.T., en su literal A, se exime de reconocer al trabajador la indemnización consagrada en el artículo 64 del mismo compendio sustantivo; o, por el contrario, si ello no es así se hace merecedor de tal condena resarcitoria.

En este orden, la demandada alude que la terminación de la relación obedeció a reestructuración administrativa de la empresa, situación que se dio a conocer al actor a través de un oficio de terminación, circunstancia que además de no haber sido probada no se clasifica como justa en la norma antes referenciada y por ello, sin necesidad de acudir a otras consideraciones, la decisión que en este sentido será declarar que el señor GERMAN NIÑO fue despedido injustificadamente y por lo tanto, se impondrá condena por este aspecto en la suma de \$9.386.003,17.

Considera la Sala, además, que no hay lugar a despachar favorablemente la petición de declarar la ineficacia de la terminación del vínculo laboral, en la forma como lo pretende el actor, pues el incumplimiento de los plazos fijados para terminar el contrato de trabajo no solo es potestativo del empleador, sino que su incumplimiento se sanciona con la indemnización tasada en la ley, pero no con la declaratoria de ineficacia del despido.

Quedan de esta manera atendidos todos los puntos que suscitaron inconformidad en la parte activa de la Litis, sin que resulte procedente abordar el estudio de otros puntos, como los increpados por la accionada en el escrito de alegatos de conclusión, pues es el recurso de apelación interpuesto dentro de la oportunidad legal el que marca la competencia del Juez Colegiado.

Conforme se desata el recurso de apelación, las costas de primera instancia se imponen a favor del demandante y a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho, siguiendo los parámetros del Acuerdo PSAA16-1055 de 2016, el equivalente al 3% de lo pedido; esto es, \$1.540.162, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En esta instancia no se impondrán, 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: REVOCAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 2 de junio de 2021, objeto de apelación por la parte demandante, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión, para en su lugar:

“PRIMERO. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor GERMÁN ALBERTO NIÑO MALAGÓN, en su condición de TRABAJADOR y la IPS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S., en calidad de EMPLEADORA, vigente desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 30 de marzo de 2019, la cual término sin justa causa.

SEGUNDO. CONDENAR a la IPS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S., a cancelar a favor del demandante GERMÁN ALBERTO NIÑO MALAGÓN, a la ejecutoria de la presente decisión, los siguientes conceptos laborales:

- a) Por AUXILIO DE CESANTÍAS, la suma de \$ 7.543.171.
- b) Por INTERESES A LAS CESANTÍAS, la suma de \$ 625.526.
- c) Por COMPENSACIÓN DE VACACIONES, la suma de \$ 3.635.760,95.
- d) Por PRIMA DE SERVICIOS, la suma de \$5.122.266.
- e) Por INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, la suma de \$9.386.003,17.
- f) Por SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO, la suma de \$26.487.701.
- g) Por INDEMNIZACIÓN MORATORIA, la suma diaria de \$71.286 a partir del 31 de marzo de 2019 y hasta el 31 de marzo de 2021, correspondiente a \$51.325.992. En adelante se pagará los intereses moratorios respecto de las prestaciones sociales objeto de condena, a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera, hasta cuando su pago se verifique.

TERCERO. CONDENAR a la demandada IPS PROTEGEMOS SALUD Y BIENESTAR S.A.S., para que a la ejecutoria de la presente decisión, solicite ante el fondo pensional que se encuentra afiliado el actor GERMÁN ALBERTO NIÑO MALAGÓN liquidar el cálculo actuarial, por el periodo 1º de marzo de 2013 a 30 de marzo de 2019, con base en la tabla salarial que a continuación se anexa, con la aclaración que el mismo se hará, únicamente, respecto de los periodos en los que no haya cotización. Definido el valor adeudado, la demandada lo cancelará dentro de los diez (10) días siguientes, a nombre del fondo pensional que corresponda y a favor del demandante, conforme lo explicado en la parte motiva de la presente decisión.

AÑO	SALARIO
2013	\$589.500
2014	\$616.000
2015	\$644350
2016	\$689.455

2017	\$737.717
2018	\$3.500.000
2019	ENERO: \$828.116 FEBRERO: \$3.019.005 MARZO: \$2.138.583

CUARO. ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

QUINTO. DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por pasiva y no probadas las restantes.

SEXTO. CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandada y a favor de la demandante, fijando como agencias en derecho el equivalente al 3% de lo pretendido en la demanda, esto es la suma de \$1.540.162".

SEGUNDO. INCORPORAR a la presente decisión el anexo contentivo de la liquidación practicada.

TERCERO. SIN LUGAR a condenar en costas en esta instancia.

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.

Los Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

MAGISTRADA PONENTE

JUAN CARLOS MUÑOZ

MAGISTRADO

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

MAGISTRADO

(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)

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

PROCESO: 2019-00316
DEMANDANTE: GERMAN NIÑO MALAGON
DEMANDADO: PROTEGEMOS

EVOLUCIÓN SALARIOS				
PERIODO		SALARIO		
1/03/2013	31/12/2013	\$	589.500	
1/01/2014	31/12/2014	\$	616.000	
1/01/2015	31/12/2015	\$	644.350	
1/01/2016	31/12/2016	\$	689.455	
1/01/2017	31/12/2017	\$	737.717	
1/01/2018	31/12/2018	\$	3.500.000	
1/01/2019	31/01/2019	\$	828.116	
1/02/2019	28/02/2019	\$	5.985.704	\$ 1.995.235
1/03/2019	30/03/2019	\$	2.138.583	
			TOTAL 2019	PROMED.2019

EXTREMOS TEMPORALES: 1/03/2013
30/03/2019

PRESCRIPCIÓN: 9/08/2016

VACACIONES COMPENSADAS EN DINERO - PRESCRIPCIÓN: 9/08/2015				
PERIODO		SALARIO	DIAS PERIODO	DIAS A COMPENSAR
9/08/2015	31/12/2015	\$ 644.350,00	142	5,92
1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455,00	360	15,00
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717,00	360	15,00
1/01/2018	31/12/2018	\$ 3.500.000,00	360	15,00
1/01/2019	30/03/2019	\$ 1.995.234,67	90	3,75
TOTAL DIAS A COMPENSAR				54,67
VACACIONES COMPENSADAS EN DINERO				\$ 3.635.760,95

CESANTIAS						CESANTIAS	INTERESES SOBRE CESANTIAS	
PERIODO		DIAS PERIODO	SALARIO	AUX. TRANSP	TOTAL DEVENGADO		DIAS	INTERESES
1/03/2013	31/12/2013	300	\$ 589.500	\$ 70.500	\$ 660.000	\$ 550.000	-	\$ -
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 616.000	\$ 72.000	\$ 688.000	\$ 688.000	-	\$ -
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 644.350	\$ 74.000	\$ 718.350	\$ 718.350	-	\$ -
1/01/2016	31/12/2016	360	\$ 689.455	\$ 77.700	\$ 767.155	\$ 767.155	142	\$ 92.059
1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 737.717	\$ 83.140	\$ 820.857	\$ 820.857	360	\$ 98.503
1/01/2018	31/12/2018	360	\$ 3.500.000	\$ -	\$ 3.500.000	\$ 3.500.000	360	\$ 420.000
1/01/2019	30/03/2019	90	\$ 1.995.235	\$ -	\$ 1.995.235	\$ 498.809	90	\$ 14.964
T O T A L E S						\$ 7.543.171	\$ 625.526	

PRIMA DE SERVICIOS						
PERIODO		DIAS PERIODO	SALARIO	AUX. TRANSP	TOTAL DEVENGADO	PRIMA DE SERVICIO
9/08/2016	31/12/2016	142	\$ 689.455	\$ 77.700	\$ 767.155	\$ 302.600
1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 737.717	\$ 83.140	\$ 820.857	\$ 820.857
1/01/2018	31/12/2018	360	\$ 3.500.000	\$ -	\$ 3.500.000	\$ 3.500.000
1/01/2019	30/03/2019	90	\$ 1.995.235	\$ -	\$ 1.995.235	\$ 498.809
TOTAL PRIMA						\$ 5.122.266

SANCION POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS EN UN FONDO					
AÑO	PERIODO SANCION		DIAS	SALARIO BASE	TOTAL
2.015	9/08/2016	14/02/2017	186	\$ 644.350,00	\$ 3.994.970
2.016	15/02/2017	14/02/2018	360	\$ 689.455,00	\$ 8.273.460
2.017	15/02/2018	14/02/2019	360	\$ 737.717,00	\$ 8.852.604
2.018	15/02/2019	30/03/2019	46	\$ 3.500.000,00	\$ 5.366.667
T O T A L					\$ 26.487.701

INDEMNIZACION MORATORIA ART.65 CST	
SALARIO BASE MES	\$ 2.138.583
SALARIO DIA	\$ 71.286
24 MESES DEL 31-03-2019 AL 30-03-2021	
TOTAL INDEMNIZACION	\$ 51.325.992

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO				
SALARIO BASE MES				\$ 2.138.583,00
30 DIAS POR EL PRIMER AÑO	1/03/2013	28/02/2014	30	\$ 2.138.583,00
20 DIAS POR EL PERIODOS SUBSIGUIENTES	1/03/2014	28/02/2019	100	\$ 7.128.610,00
FRACCION	1/03/2019	30/03/2019	1,67	\$ 118.810,17
TOTAL INDEMNIZACION				\$ 9.386.003,17

RESUMEN ACREENCIAS	
CESANTIAS	\$ 7.543.171
INTERESES SOBRE CESANT	\$ 625.526
VACACIONES COMPENSADAS	\$ 3.635.761
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 5.122.266
SANCION NO CONSIGNAR CESANTIAS	\$ 26.487.701
INDEMNIZACION POR DESPIDO	\$ 9.386.003
TOTAL ACREENCIAS	\$ 52.800.427
INDEMNIZACION MORATORIA VALOR DIA:	\$ 71.286,10

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación: 2019-00316-366. Demandada: Protegemos.

Magistrada ponente: Dra. Clara Inés López Dávila

Con sumo respeto, consigno las razones que me instan a salvar parcialmente el voto en el asunto reseñado, así:

Aunque el esfuerzo argumentativo vertido en la sentencia emerge como catalizador en favor de la operatividad del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 Superior), el mismo no alcanza a soportar la condena al pago de la indemnización contemplada en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

En efecto, el íngrimo testimonio recaudado en el proceso en nada contradice lo consignado en el contrato de cuentas en participación adosado al plenario. De otra arista, la participación concertada y obtenida por el actor no luce leonina, al reparar que ascendía al 30% del valor de los servicios ofrecidos a los usuarios, siendo que la convocada defería toda la logística para la consecución mancomunada de los fines propuestos.

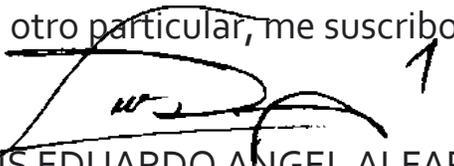
Tampoco se atendió el ejercicio de una profesión liberal y calificada por el actor, cariz que, a su turno, lo perfilaba como candidato para celebrar ese tipo de contratos.

En la sentencia se acude a zanjar desinformación del salario con el artículo 148 del CST, para presumir el mínimo legal en interregnos no acreditados por el promotor del pleito; ítem que no es factible inventarlo como detonante de mala fe, puesto que se opondría al artículo 83 de la Carta Política.

Los tópicos destacados, son entre otros, elementos que permiten concluir con suficiencia, que la demandada entendió que no estaba quebrantando derechos laborales al convocante, con el aditamento que la legislación auspicia la modalidad contractual que confeccionó con su contraparte. Por ello, estimo que la sanción moratoria infligida en este caso refulge excesiva y alejada de proporcionalidad.

Reitero mi respeto por la decisión mayoritaria sobre el tema.

Sin otro particular, me suscribo,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2019-00401-01 (466)

ACTA No. 150

San Juan de Pasto, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **ANASTELLA CALDERÓN MONCAYO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad ante la existencia de vicios de consentimiento. En consecuencia, solicita ordenar a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES indicar el trámite a seguir para hacer efectivo el regreso al RPM e imponerles condena en costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que nació el 20 de enero de 1958; que realizó cotizaciones al I.S.S. desde el 27 de abril de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1999; que su traslado al RAIS se decidió el 1º de enero de 2000 motivado por los asesores de PORVENIR S.A., quienes le informaron que el ISS se acabaría y podría perder su dinero; pero, además, que se pensionaría a temprana edad con una mesada pensional superior a la que alcanzaría en el RPM. Pero este anuncio no fue real, claro, ni completo, pues omitieron explicar las desventajas, riesgos y consecuencias de tal decisión, tampoco presentaron cálculos de liquidación en ambos regímenes para comprender su alcance y mucho menos le advirtieron que el valor de su mesada estaría por debajo del que hubiese recibido de permanecer en el Fondo Pensional, hoy a cargo de COLPENSIONES.

Añade que el 4 de julio de 2019, formuló igual solicitud ante la demandada PORVENIR S.A. pero le fue negada, por considerar que el traslado se dio de forma libre y voluntaria. Igualmente se dirigió ante COLPENSIONES con el fin de que reciba todos los aportes legales y voluntarios en virtud del traslado realizado por error y falta de información, pero la respuesta no satisface su petición.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Subsanada la demanda se notificó a las demandadas en debida forma, 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, por considerar que los hechos que sustentan la presente acción son ajenos a su representada y que, en todo caso, la decisión de trasladarse fue un acto libre y voluntario de la promotora del litigio, cumpliendo los requisitos legales. Se atiende, en consecuencia, a lo que se resuelva dentro del proceso, aunque advierte que el retorno de la actora al RPM se solicitó en forma extemporánea. Con fundamento en ello propuso varias excepciones de fondo (fls. 121 a 129).

A su turno, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM, reflexionara, se informara sobre su situación pensional ni manifestara su deseo de retractarse. En lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada (fls. 146 a 183).

De igual manera interviene el Ministerio Público para enfatizar que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido y no desde el régimen de las nulidades, 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 practicar interrogatorio de parte a la demandante (fls. 98 a 101).

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 de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 14 de mayo de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial que orienta la materia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante ANA STELLA CALDERÓN MONCAYO. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, con inclusión de la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, utilidades y el porcentaje de gastos de administración durante el tiempo que la demandante permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, debidamente indexado y en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el RPM y lo transferido en el RAIS, las asumirá la accionada. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al fondo privado.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, la apoderada judicial de la demandada PORVENIR S.A., solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, enfatizando en que el acto jurídico de traslado es totalmente eficaz en tanto produjo efectos patrimoniales a favor de las dos partes, sin que haya existido falta de información.

Refiere que la jurisprudencia traída al proceso por el juez cognoscente, en relación con la carga de la prueba, genera desigualdad que afecta el derecho de defensa al dejar en cabeza de la demandante la decisión final. Enfatiza en la contradicción que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a ordenar devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y sería de su representada que indubitadamente se refleja positivamente en la cuenta individual de la accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas.

Expone que no existe diferencia entre los aportes de ambos regímenes, siendo incluso superior en el RAIS gracias a los rendimientos, pero tal decisión a futuro generará una

afectación en la sostenibilidad del sistema a cargo de Colpensiones. Considera, en suma, que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por costas procesales, por cuanto la entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la ley.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA-COLPENSIONES

La apoderada 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 que la migración del sistema pensional, para el caso bajo estudio, no es posible. Sostiene, además, que no se demostró una indebida información o engaño por parte de PORVENIR S.A., pues la propia demandante asegura que firmó el formulario de afiliación como una clara manifestación de voluntad, libertad y consciencia, la que ratificó permaneciendo en el régimen.

Por último, aduce que aunque los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones del Ministerio público, de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del demandante, conforme da cuenta la constancia secretarial del 9 de diciembre de 2021.

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

Por su parte, COLPENSIONES manifiesta, a través de su agente, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas desde la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello solicita declarar probadas las excepciones propuestas, se exonere de las pretensiones incoadas por la parte actora al igual que de la condena en costas impuesta en primera instancia.

Interviene, igualmente, el apoderado judicial de la parte demandante, para solicitar que la decisión sometida a escrutinio del Juez Plural sea confirmada, en razón a que el despacho actuó conforme a derecho, teniendo en cuenta la normatividad vigente y la jurisprudencia que rige la materia, las cuales resaltan a cargo de las administradoras pensionales el deber de informar de manera clara las características de los dos regímenes pensionales, así como las condiciones, ventajas y desventajas para que el afiliado adopte la decisión que mejor le convenga.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, en su concepto final pide que la decisión impartida por el juez cognoscente se confirme, por cuanto el deber de información no se cumplió por parte de la AFP PORVENIR S.A.

CONSIDERACIONES

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

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

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

ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

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

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

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

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras

soluciones tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

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

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

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

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

2) 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. ANA STELLA CALDERÓN MONCAYO, 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 le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente a cerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado, resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019). En efecto, se ha inclinado esta carga a la autoridad administrativa que por disposición legal estaba obligada a entregar la información y a documentarla, 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 Sala concluye que demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. CALDERÓN MONCAYO 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 si ese hubiere sido el caso, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

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., con efectividad el 1° de enero de 2000, según el formulario de afiliación No. 01271386 (fl. 183) y la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. (fls. 209 a 221), 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 afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 27 de abril 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.

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

Igualmente se le ordenará 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, con sus respectivas 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 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 discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será adicionado.

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

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

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante y a efecto de atender la infundada argumentación de la apoderada judicial de COLPENSIONES, 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 y ésta jamás se puede trasponer en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de una profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral – descongestión- de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mag. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”*.

Lo anterior 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 la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por la demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

Por consiguiente y pese a los argumentos esbozados por los alzadistas por pasiva, la decisión, que además se revisa en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, será adicionada en su numeral SEGUNDO y confirmada en lo restante, como antes se explicó.

3) EXCEPCIONES

Finalmente, las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta no alcanzan prosperidad, 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.

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 14 de mayo de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante ANA STELLA CALDERÓN MONCAYO, a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado. Adicionalmente, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que la actora permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos se discriminarán 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 CESANTIAS PORVENIR S.A., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia”.

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

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

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
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. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2020-00325-01 (395)

ACTA No. 149

San Juan de Pasto, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario Laboral de la referencia instaurado por **HERLINTO JAVIER ROMO TOBAR y DORYS ERAZO GUERRERO** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, por la vía ordinaria laboral, que PORVENIR S.A. reconozca y pague la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su hijo CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO, acaecido el 16 de mayo de 2019, en cuantía equivalente al 50% para cada uno o lo que se llegare a probar dentro del proceso, junto con el retroactivo por concepto de mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, los intereses moratorios, los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señalan, en lo que interesa en el sub lite, que el Sr. CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO (Q.E.P.D.) trabajó en el Hospital Clarita Santos del Municipio de Sandoná (N) y ostentaba la condición de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a través de PORVENIR S.A., en donde cotizó 96 semanas en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento; que el causante no procreó hijos ni tenía vigente sociedad conyugal o de hecho por cuanto vivía en la misma residencia que los actores, ocupándose de los gastos del hogar; que en su condición de padres, no cuentan con los recursos para su subsistencia en tanto ella

es ama de casa y él tiene trabajos ocasionales, sin estabilidad laboral, por lo que dependían económicamente de su hijo.

Que el 12 de agosto de 2019, tramitaron el cobro de este derecho ante la administradora de fondos de pensiones traída a juicio, pero les fue negada.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Surtida la notificación a la demandada, dentro de la oportunidad legal y a través de apoderado judicial, quien dentro del escrito de contestación manifestó como ciertos varios de los hechos de la demanda; empero, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas por activa, por considerar que los demandantes no acreditan de forma debida la dependencia económica respecto del causante, pues basándose en la investigación efectuada por la compañía LEÓN Y ASOCIADOS LIMITADA, el demandante se desempeñaba como conductor de la empresa Trans Sandoná de Occidente, labor retribuida con recursos suficientes para sufragar sus gastos y necesidades, al igual que los de la demandante con quien mantiene vínculo matrimonial. Propuso en defensa de su prohijada varios medios exceptivos de defensa que denominó “buena fe del demandado”, “improcedencia legal del reconocimiento de la pensión de sobreviviente”, “inexistencia de la obligación a cargo de su representada”, “cobro de lo no debido”, “improcedencia del pago simultáneo de intereses e indexación”, “ausencia de derecho sustantivo”, “prescripción” y la “innominada o genérica” (fls. 71 a 89).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en sentencia fechada 8 de septiembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto declaró que la Sra. DORYS ERAZO GUERRERO y el Sr. HERLINTO JAVIER ROMO TOBAR, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de su hijo CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO (Q.E.P.D), condenando a la entidad demandada PORVENIR S.A. a su reconocimiento y pago a partir del 17 de mayo de 2019, en cuantía de un (1) SMLMV, 50% para cada uno de ellos y 13 mesadas anuales, con los respectivos incrementos de ley. Igualmente condenó al pago de las mesadas pensionales causadas desde el 17 de mayo de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2021, por valor total indexado de \$27.197.589, autorizando a PORVENIR S.A. realizar, sobre tal retroactivo, los descuentos por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la absolvió de los intereses moratorios y la condenó en costas.

Para asumir tal decisión, la jueza cognoscente estableció que con la prueba documental y testimonial aportada en el plenario se acreditó que los demandantes ostentan la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del causante, que dependían económicamente de su hijo y que la contribución que hacía al núcleo familiar era subordinada, significativa y constante, aspecto que no fue desvirtuado por la demandada.

APELACIÓN PARTE ACCIONADA PORVENIR S.A.

Inconforme con la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, la apoderada judicial de la parte demandada PORVENIR S.A. dentro de la oportunidad legal, interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia, bajo iguales argumentos esgrimidos desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, advirtiendo contradicción entre lo dicho en el informe realizado por el grupo investigador y lo manifestado en el proceso por los demandantes y los testigos. Refiere que debe prevalecer la investigación hecha por una empresa aprobada y vigilada, por encima de la prueba testimonial, en tanto son familiares de los demandantes y porque llama la atención que en una familia de bajos recursos solo una persona haya sido quien realizaba el único aporte económico.

Alude que el informe no fue objetado ni puesta en duda su veracidad en el transcurso del proceso, por lo que le resulta incomprensible que la juzgadora refiera inconsistencias tan solo en el momento del fallo. En consecuencia, solicita revocar la condena en costas por considerar que PORVENIR S.A. actuó de buena fe, al abstenerse de reconocer la pensión de sobrevivientes basada en el informe investigativo y no por negligencia.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibieron vía electrónica la intervención del apoderado judicial de la demandada y del Ministerio Público, según constancia secretarial del 5 de noviembre de 2021.

La primera para enfatizar en lo improbable que resulta una dependencia económica en el corto periodo de tiempo que trabajó el causante, lo que traduce que los demandantes quieren tomar provecho de su fallecimiento para obtener ilícitamente una pensión, pues ellos gozaban de la posibilidad de proveerse su propio sustento y solventar sus necesidades. Agrega que el valor probatorio dado a los testimonios es incorrecto, por cuanto no son convincentes, ni ofrecen la credibilidad y certeza procesal necesaria para demostrar dependencia económica. Por tales motivos solicita revocar la decisión de primera instancia.

Por otro lado, el Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, solicita la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia, pues considera que los argumentos de la parte apelante no están llamados a prosperar, en tanto de la prueba testimonial, contrario a lo referido en el informe de investigación, se evidencia la dependencia económica de los actores frente al causante, como lo concluyó la juzgadora de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión desatar el estudio de los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los demandantes respecto de su hijo fallecido, CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO (Q.E.P.D), se encuentra debidamente acreditada en la forma como lo resolvió la operadora judicial de primer grado; o por el contrario, como lo increpa el alzado por pasiva, no se demostró la dependencia económica establecido en el literal "e" del artículo 47 de la ley 100 de 1993? y ii) ¿Hay lugar a condenar en costas a la parte demandada PORVENIR S.A.?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1. CONDICIÓN DE BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En torno a dirimir este aspecto total, precisa la Sala que dentro del presente asunto no es motivo de controversia, por así aceptarlo en forma expresa la demandada, que el Sr. CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO, fallecido el 16 de mayo de 2019, causó el derecho pensional ahora reclamado a favor de sus beneficiarios en tanto cotizó más de 50

semanas al sistema pensional en los últimos tres años, puntualmente 96, ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. (fls. 20-21).

Por esta razón, la tarea que ahora concita la atención del Juez Plural es verificar si los promotores del litigio, en su condición de padres del causante, satisfacen los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente al momento de su fallecimiento, para ser considerados beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en especial lo referente a la dependencia económica frente a su hijo fallecido.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia acogiendo los criterios vertidos en la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, ha sostenido en varias oportunidades que la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; es decir, si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, en otras palabras, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (ver sentencias CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014, citadas en SL6390 del 13 de abril de 2016, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

La misma Corporación indicó que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida, sino aquella que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien realmente les colaboraba a mantener unas condiciones de vida determinadas (Para el efecto, ver sentencia CSJ SL816 de 2013, reiterada en proveídos SL8406 del 1° de julio de 2015, SL529 y SL650 de 2020).

Trasladados todos los argumentos expuestos por nuestras Altas Cortes al asunto bajo escrutinio de esta Sala de Decisión, se concluye que la esencialidad de la ayuda económica que recibían los actores de su hijo fallecido está plenamente demostrada a partir de la prueba testimonial recaudada en el plenario, haciendo referencia a la declaración de la Sra. MARBETH ROCIO EGAS RODRÍGUEZ, quien sostuvo una relación sentimental por aproximadamente 9 meses con el causante, infirió que el CRISTIAN JAVIER ROMO ERAZO, le suministraba a su madre una ayuda consistente en dinero,

aproximadamente \$400.000 o \$500.000 para los años 2017 a 2019, para el pago del mercado y los servicios públicos además de lo que le proporcionaba para vestido y recreación, arguyendo que conocía de tal situación porque todos los meses ellos retiraban el salario en un cajero de BANCOLOMBIA que les quedaba cerca al Hospital, conociendo el valor que asignaba para cada gasto.

En igual sentido la testigo DIANA MARÍA ROMO TOBAR, prima del causante, expone que él siempre colaboró con el sostenimiento del hogar, utilizando la frase “*él siempre se la ha rebuscado*” y aunque no conoce con exactitud el valor aportado, que al final aproxima a \$ 400.000 para el mercado y los servicios públicos, le consta que cuando tenía algún ingreso, junto con su padre, reunían el mínimo para tener un estilo de vida un poco más estable.

Finalmente, la señora ANGELA PATRICIA GRIJALBA MONTEZUMA, cuñada del causante, expone que trabajó desde los 16 años con el fin de colaborarle a sus padres, ya que siempre han vivido en una situación económica muy precaria. Informó que su esposo e hijo mayor de los demandantes, EDER ROMO, no colabora con los gastos de la casa de sus padres porque su salario y núcleo familiar no se lo permiten, pero en visitas realizadas a sus suegros presenció cuando el causante llegaba con mercado o le pasaba el dinero a su madre para los servicios públicos.

Ahora bien, tales versiones resultan coincidentes, las testigos dan razón de su dicho, son hábiles para declarar y conocieron la vida del afiliado fallecido en forma directa dada la proximidad que existía, por tanto, brindan credibilidad a la Sala respecto de la dependencia económica de los promotores del litigio respecto de su hijo fallecido, quizá no total y absoluta, pero si en lo más relevante para sostener una vida en condiciones dignas, como es el mercado y los servicios públicos. Contrario a ello, en el dossier reposa el “*informe de investigación para pago de prestaciones económicas*” (fls. 97-98), aportado por la demandada, que en suma da cuenta de la inexistencia de otros beneficiarios, diferentes a los padres del causante, más no desacredita que ellos dependieran económicamente de él.

En efecto, el informe establece que el demandante Sr. HERLINTON JAVIER ROMO trabajaba en la empresa Trans Sandoná de Occidente y la Sra. DORYS ERAZO GUERRERO realizaba oficios varios, con lo que quizá contribuían a los innumerables gastos que conllevan sostener un hogar, pero de manera alguna demuestra que el hijo fallecido contribuyera, en mayor o menor proporción, a financiarlos, o que

pueden solventar sus necesidades por su propia cuenta y mantener iguales condiciones de vida, la acostumbrada cuando él vivía en su hogar.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL221-2021 del 3 de febrero de 2021, Radicación N.º 86587, determinó que la dependencia económica no es absoluta o que el beneficiario deba encontrarse en estado de “pobreza extrema”, pues pueden existir otros ingresos adicionales, pero no significa que la persona se convierta en autosuficiente económicamente, de manera que el fallecimiento del causante afecte a la subsistencia de la familia, pues su aporte era significativo y determinante.

A su vez, ha enseñado la doctrina de la Corte Constitucional que, para surtirse el requisito de dependencia económica, no es necesario que el dependiente esté en estado de mendicidad o indigencia, toda vez que el ámbito de la Seguridad Social supera con solvencia el simple concepto de subsistencia y ubica en primerísimo lugar el carácter decoroso de una vida digna que continúe las condiciones básicas ofrecidas por el extinto afiliado (Sentencia T-326 de 2013).

En conclusión y sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, de las pruebas arrojadas al plenario se evidencia que existió una subordinación económica parcial de sus padres respecto del causante, por cuanto su apoyo en los gastos del hogar eran determinantes y necesarios, aunque no únicos, que contribuían a mantener unos mínimos estándares de vida, los cuales se frustraron con su fallecimiento. Ahora, de existir otros ingresos adicionales aportados por los propios demandantes, como lo alega la administradora pensional, ellos no resultan suficientes para conservar el estilo de vida que sostenían gracias a la contribución del causante, de tal suerte que su fallecimiento generó afectación al mínimo vital y a la vida digna en un grado significativo.

En consecuencia, no queda sino confirmar en este punto la decisión adoptada por la jueza cognoscente.

2. COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, para resolver el recurso de alzada increpado por PORVENIR S.A., quien solicita se revoque la condena en costas en razón a que su representada no actuó en forma caprichosa para negar la pensión de sobrevivientes al demandante, de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que

conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho, sin detenerse a verificar el proceder de buena o mala fe.

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

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional será confirmada.

3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Por último y conforme se desata el recurso de alzada, siguiendo lo preceptuado en el Acuerdo PSAA16-1055 de 2016, las costas en esta instancia se impondrán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, en la suma de dos (s) smlmv, esto es, \$2.000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral,

RESUELVE:

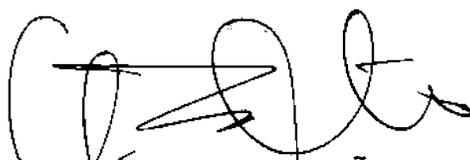
PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por la parte pasiva de la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

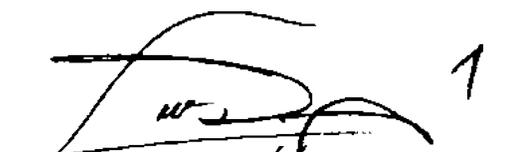
SEGUNDO. CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la parte demandada y a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) smlmv; esto es, \$2.000.000, que serán liquidados en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo 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.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
MAGISTRADA PONENTE


JUAN CARLOS MUÑOZ
MAGISTRADO


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
MAGISTRADO