

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. 523563105001-2018-00063-02 (409)

AUTO No. 257

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario Laboral de la referencia instaurado por **MAURICIO FERNANDO FUERTES ARCOS, JAIRO ALEXANDER FUERTES ARCOS y EDISON ANDRÉS FUERTES ARCOS** en contra de **ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO**.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre su difunto padre, Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES, en calidad de trabajador y la demandada ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO, cuyo objeto fue la prestación personal y subordinada como trabajador de la construcción, bajo los extremos 28 de marzo a 17 de noviembre de 2016 y devengando \$ 11.000.000 distribuidos semanalmente. Como consecuencia de tal declaración solicitan, en su condición de hijos del causante, se condene a la demandada al pago de las acreencias enlistadas en el libelo genitor, demás derechos que resulten de la facultad extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señalan, en lo que interesa en el sub lite, que entre su difunto padre GERARDO MIGUEL FUERTES y la demandada se celebró un contrato de trabajo verbal a término indefinido que inició el 28 de marzo y perduró hasta el 17 de noviembre de 2016; que sus funciones remuneradas fueron las de maestro de construcción, cumplidas en la ciudad de Ipiales de manera ininterrumpida, bajo la subordinación y dependencia de la demandada, en un

horario de lunes a viernes y festivos, con remuneración de \$11.000.000 distribuidos semanalmente. Agrega que el 17 de noviembre de 2016, el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES falleció después de sufrir un accidente de trabajo cuando terminaba una obra contratada por la llamada a juicio, sin cancelarle ninguna acreencia laboral de las pretendidas en la demanda, como tampoco las indemnizaciones por daños materiales, morales y de daño a la vida de relación ocasionados a los demandantes.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó a la convocada a juicio, quien a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad legal, la contestó para oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES (q.e.p.d.) fue contratado mediante contrato de prestación de servicios como maestro de construcción, el cual se prolongó en el tiempo en forma verbal hasta abril de 2016. Indica que no se dio una continua y estable subordinación o condicionamiento para el cumplimiento de labor alguna, pues no cumplía un horario y la labor desempeñada se realizó en periodos variables de tiempo, los cuales ajustaba y acomodaba el mismo contratista.

Refiere que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES (q.e.p.d.), se dedicaba a la labor de construcción en forma autónoma e independiente, destinando su propio trabajo y apoyado por sus hijos quienes llegaban a la obra y salían a la hora que ellos mismos programaban, advirtiendo que la demandada se presentaba en la construcción a fin de dejarles el refrigerio en la mañana y en la tarde, o cuando necesitaban materiales.

Aduce, finalmente, que se acordó el pago de \$11.000.000 como honorarios por la prestación de servicios y se canceló conforme lo requería el maestro de la construcción. Con base en lo expuesto propuso varias excepciones de fondo.

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia de juzgamiento del 14 de septiembre de 2021, declaró probadas las excepciones “INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO” e “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS” formuladas por la demandada, a quien absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a los demandantes.

Para asumir tal decisión, la jueza cognoscente estableció que no se acreditaron los elementos esenciales del contrato, especialmente la subordinación, pues los testigos escuchados a petición de los demandantes y la demandada dan cuenta del carácter independiente de las actividades cumplidas por el contratista fallecido. Igualmente les consta que las exigencias de la Sr. ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO se relacionaban con la duración de la obra, las cuales no están vedadas en esta clase de vinculaciones por tratarse de actuaciones de coordinación. Concluye, por tanto, que las relaciones jurídicas entre el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES (q.e.p.d.) y la demandada, se rigieron bajo las égidas de un contrato de prestación de servicios bajo la modalidad de obra civil.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes 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 presentaron -vía electrónica- las intervenciones de los apoderados judiciales de los demandantes y de la demandada, conforme da cuenta la constancia secretarial del 10 de noviembre de 2021.

El primero, para solicitar que la decisión proferida por el juzgado de primera instancia sea revocada, indicando que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el padre de los demandantes prestó sus servicios a favor de la Sra. ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO, bajo una continuada subordinación y dependencia, imponiéndole el cumplimiento de órdenes respecto de la forma como desarrollar su actividad y el tiempo de ejecución, además de cumplir un horario de trabajo y recibir una remuneración salarial que perduró hasta el 27 de noviembre de 2016, fecha en la cual, en el desarrollo de tales actividades laborales, el ex trabajador sufrió un accidente y posteriormente falleció.

Por su parte, el apoderado de la demandada pide confirmar la decisión objeto de consulta, por cuanto se acreditó que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES disponía de plena autonomía e independencia, sin que baste afirmar un hecho para que el juzgador conceda el derecho pedido.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar i) ¿Se encuentran acreditados en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo alegado por los convocantes a juicio, los elementos estructurantes reseñados en el artículo 22 y 23 del C.S.T., especialmente la subordinación en favor de la persona natural demandada, en su condición de empleadora del causante GERARDO MIGUEL FUERTES? En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones anheladas por los actores y enlistadas en el libelo genitor, para ser reconocidas a favor de los promotores de la Litis en calidad de beneficiarios del causante?

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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 correspondía a los accionantes demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES prestó personalmente el servicio a favor de quien se 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.

Pues bien, antes de que esta Sala de Decisión aborde el aspecto total que concentra su atención, precisa advertir que la falladora de instancia estructuró su convencimiento en que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES prestó personalmente su servicio a favor de la demandada y ello no fue objeto de confrontación, por haberse aceptado de manera expresa desde la contestación de la demanda; empero, el

elemento subordinación fue desvirtuado luego de valorar la prueba recaudada en el plenario consistente en documentos, testimonios e interrogatorios de parte absueltos por los demandantes y demandada. Aunado a ello, tampoco encontró probados otros elementos, como el salario y los extremos temporales.

Y para la Sala de Decisión, luego de hacer igual ejercicio analítico del material documental, testimonial y de los interrogatorios que conforman el haz probatorio, a la luz de lo establecido en el artículo 60 y 61 del C.P.L. y S.S., dándole mayor ponderación a la realidad sobre las formas que las partes hubiesen adoptado para desdibujar las relaciones laborales, la conclusión a la que arribó la jueza de primer grado no se altera porque, efectivamente, la parte pasiva del contradictorio enfiló su actividad probatoria a demostrar que la actividad del contratista fallecido estuvo desprovista de cualquier trazo de subordinación, entendida esta como la facultad que tiene todo empleador de impartir ordenes al trabajador y exigir su cumplimiento, así como de señalar el modo, tiempo y cantidad de trabajo e imponer reglamentos y horarios y con ello derruyó la presunción que trae el artículo 24 del C.S.T., en tanto el trabajo desplegado por el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES se caracterizó por ser autónomo e independiente.

Tal premisa se afianza en el análisis de las declaraciones rendidas por los testigos y los interrogatorios de parte absueltos por quienes conforman el contradictorio, pues las pruebas documentales obrantes a folios 21-36, consistentes en la epicrisis del Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES, informe pericial de necropsia, peritazgo, registros civiles de nacimiento de los demandantes, en nada contribuyen a tal propósito.

Para cumplir con este cometido, se cuenta con el conocimiento de la Sra. MIRIAM DEL SOCORRO ACOSTA, vecina de la propiedad de la Sra. ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO donde se realizó la construcción, quien afirma que el causante cumplía un horario de 7:00 a.m. a 12 m. y 1 a 6 p.m., todos los días hasta los festivos y que conoce esa situación porque a diario miraba llegar al maestro Gerardo Miguel Fuertes o lo sentía trabajar. Refiere que la demandada iba a la construcción a impartirle ordenes a los maestros, pero no da cuenta de lo conversado porque no se escuchaba desde su casa y nunca las presencié. Agrega que en una ocasión el maestro GERARDO le comentó que quien ordenó realizar una ventana con la que la testigo estaba inconforme; no obstante, no tiene el conocimiento directo de los hechos ni le consta que en verdad la aludida orden la impartiera la demandada. Señala que el Sr. Gerardo Miguel Fuertes construyó la casa de la demandada con ayuda de sus dos

hijos y posteriormente llegó otra persona, contratada por la Sra. ESPERANZA MONTENEGRO. Por último, nada le consta respecto del salario devengado por el causante ni los hechos que rodearon el accidente.

Por su parte, la Sra. MARÍA BERNARDITA ARCOS, cuñada del causante, afirma que el Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES se dedicaba a la de construcción de una casa de propiedad de la Sra. ESPERANZA DEL SOCORRO MONTENEGRO y lo sabe porque vivía en la misma casa del causante, en el horario de 7 a.m. a 12 m. y de 1 a 6 p.m. y los sábados de 7 a.m. a 1 p.m. Sostiene que la demandada le daba órdenes al Sr. GERARDO FUERTES; empero, ella nunca presenció lo narrado pues su conocimiento se deriva de los comentarios que su cuñado realizaba, cuando además, en su testimonio adujo que sólo había visitado la construcción en dos ocasiones y se fue rápidamente.

Igualmente compareció el Sr. BRANDON MICHEL ALZATE FREYRE, quien trabajó en la construcción de la Sra. ESPERANZA MONTENEGRO en los meses de octubre a noviembre de 2017, en labores de estuco. Refiere que fue contactado por el Sr. MAURICIO FUERTES, hijo del causante, con quien pactó el pago semanal de \$200.000, el cual lo recibía del causante, pues la demandada llevaba el dinero para que este lo distribuyera entre los trabajadores. De igual manera señala que era él, el maestro, quien determinaba las labores a realizar, era el encargado y mandaba. Finalmente, alude que la demandada visitaba la construcción para mirar los avances o a modificar los planos, pero sabe de esta situación porque se lo contaban los demás trabajadores de la obra.

Por cuenta de la accionada compareció el Sr. JAIME ALFREDO MORENO, quien relata que trabajó con la demandada alrededor de mes y medio, marzo y abril de 2016, en labores de demolición de la casa ubicada en la calle 8 N° 3-106 de la ciudad de Ipiales; sin embargo, la obra se suspendió por problemas con los vecinos y decidió no continuar con la construcción. En lo restante, se evidenció desconocimiento de la vinculación laboral que se discute entre el Sr. Gerardo Miguel Fuertes y la Sra. Esperanza Montenegro.

Igualmente lo hizo el Sr. DARWIN POWER QUESADA VERA, quien afirma que conoció de la construcción porque se encargó de entregar dinero y llevar el refrigerio cuando la dueña se enfermó. Sostiene que realizó pagos al Sr. Gerardo Miguel Fuertes en dos ocasiones, en la primera semana un valor de \$300.000 y la segunda \$450.000; que en

la construcción trabajaban dos personas más, pero en varias ocasiones, cuando llevó el refrigerio, no los encontró en la obra.

Adicionalmente, se cuenta con el testimonio del Sr. CARLOS ALBERTO AZA TOBAR, vecino de la propiedad en donde se realizó la construcción. Indica que el Sr. Gerardo Miguel Fuertes no cumplía un horario, pues llegaba a las 8:00 a.m. o 10:00 a.m. y salían alrededor de las 5:30 p.m.; que la demandada frecuentaba la construcción a fin de llevarles el café, aun cuando en ocasiones lo dejaba en su taller, pues no encontraba a los maestros; que nunca miró a la demandada impartiendo órdenes, pero si al Sr. Gerardo Fuertes quien les daba instrucciones a los otros trabajadores de la obra. Finalmente, señala que el causante tenía su propia herramienta, pues la dejaba encargada donde su fío.

Por otra parte, en la diligencia de interrogatorio de parte absuelto por el demandante MAURICIO FERNANDO FUERTES, hijo del causante, aseguró que trabajó para la demandada a finales de abril de 2016, acordando un pago semanal de \$200.000, siendo ella quien le entregaba el dinero. Refiere que su padre ganaba \$600.000, los cuales se dividían entre los tres trabajadores, el maestro, el testigo Brandon Alzate y su hermano. Indica que los elementos para prestar el servicio eran de ellos; sin embargo, las palenbras eran de la demandada y que la Sra. ESPERANZA MONTENEGRO les daba órdenes respecto de cómo quería que quedara la obra, por ejemplo, *“si la división de los planos figuraba medidas de 2 x 2, la demandada la hacía ampliar, derrumbarla y hacerla más grande”*, también señaló que su padre trabajó como independiente porque tenía el conocimiento para hacerlo.

A su turno, del interrogatorio rendido por el Sr. JAIRO ALEXANDER FUERTES, hijo del Sr. Gerardo Miguel Fuertes, se extrae el desconocimiento de los acuerdos y demás situaciones que rodearon el contrato celebrado entre su padre y la demandada, pese a que laboró en la obra desde la segunda semana de abril de 2016, por llamado que él le hiciera. Indica que el Sr. Fuertes recibía semanalmente \$600.000, firmaba unos pagarés y lo distribuía entre las tres personas que trabajaban. Señala que tenían su propia herramienta y cuando no podían ir a la obra se lo comunicaban a su padre, quien a su vez lo informaba a la demandada. Manifiesta que estuvo el día del accidente, cuando su padre cayó del cuarto al tercer piso; que no tenían fecha límite para realizar la construcción, aunque la demandada quería que fuera lo más rápido, pues se le cumplía el empeño, por lo que llamó al Sr. BRANDON ALZATE con el fin de

que estucara la casa, por solicitud de su padre. Finalmente, expone que él se independizó porque tenía el conocimiento en construcción y sabía “todo lo que tenía que hacer”.

Finalmente, el Sr. EDISON ANDRÉS FUERTES, igualmente hijo del causante, narra que su padre era maestro de obra en la construcción de la Sra. ESPERANZA MONTENEGRO, desde mediados del mes de abril de 2016, iniciando a trabajar solo, que él le ayudó dos días y luego sus dos hermanos, indicando que él pago diario lo recibía de su padre. Expresa que el causante solo trabajaba con gente conocida y por eso no llevó a más personas a trabajar, que desconoce el valor del contrato realizado ni quien les pagaba a sus hermanos, tampoco estuvo presente el día del accidente.

En torno al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 del 7 de julio de 2021, con radicación N° 60656, M.P. Dr. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, señaló:

“(...) no se desconoce en modo alguno que en este tipo de contratación civil o independiente no están prohibidas la fijación de horarios, solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121); actividad que se ha considerado como de coordinación.

Lo importante es que estas acciones no desborden su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL2885-2019). (...)”

Revisado lo anterior, ninguna duda le asiste al Juez Plural que la naturaleza de las órdenes e instrucciones impartidas por la convocada a juicio al Sr. GERARDO MIGUEL FUERTES, fueron de simple coordinación, supervisión e incluso vigilancia, con el fin de que la obra se adecue a los planos y a su conveniencia o gusto, limitándose a insistir en la entrega oportuna de la obra o realizar modificaciones, generalmente ampliaciones de las divisiones contenidas en los planos, sin que las mismas desborden el libre ejercicio de la profesión del trabajador fallecido, interfiriera en la labor y los saberes del maestro y auxiliares contratados para dicho fin, afecte su autonomía e

independiente, o cualquier otra conducta que pongan el vínculo jurídico en el marco legal de un contrato de trabajo.

Es que incluso, si en tales actividades se impusiera el cumplimiento de un horario, ello no desnaturalizar el vínculo de carácter civil que rigió entre las partes, pues además, es conocido en el dossier, que el Sr. Gerardo Fuertes era el encargado de conseguir el personal y cancelarles su remuneración, distribuir las actividades a realizar y utilizar sus propias herramientas para ejercer su labor de manera independiente, en coordinación de la propietaria de la obra, por la amplia experiencia del contratista en el campo de la construcción, como lo afirmaron los demandantes al momento de rendir interrogatorio de parte.

Por consiguiente, a la Sala de Decisión no le queda sino confirmar la decisión impartida en primera instancia, quien declaró probadas las excepciones de fondo denominadas *inexistencia de contrato de trabajo* e *inexistencia de las obligaciones demandadas*, por encontrarla ajustada a derecho, acotando que en eventos como estos, en donde se adolece de un elemento esencial del contrato de trabajo, resulta inane adentrarse en el infructuoso estudio de los restantes elementos del contrato de trabajo; es decir, el salario y los extremos temporales, como erradamente lo hizo la directora judicial de primer grado.

En esta instancia no se impondrán costas, porque su estudio se aborda en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte activa de la Litis.

III. DECISIÓN

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

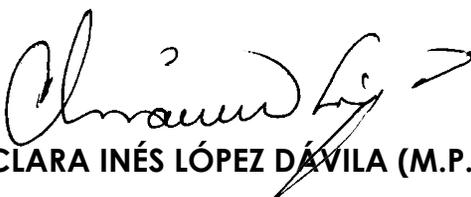
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 14 de septiembre de 2021, objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. SIN LUGAR CONDENAR en COSTAS de esta instancia por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2019-00017-01 (537)

ACTA No. 251

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **MARÍA CRISTINA GONZÁLES VILLOTA** 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 o ineficacia del acto jurídico de traslado del RAIS adelantado ante PORVENIR S.A., con efectos jurídicos a partir del 1º de julio de 1995. Solicita, en consecuencia, se ordene a la demandada trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual integrada por los aportes pensionales, las cuotas de manejo, bonos pensionales indexados, con sus frutos e intereses y a COLPENSIONES, recibir las sumas antes descritas. Así mismo, pide que se condene al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la actora junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 14 de junio de 1961, cotizando para pensiones desde el 15 de junio de 1987 al extinto ISS; que sin mediar asesoría idónea fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., con efectividad 1º de julio de 1995; que el 26 de noviembre de 2018, el fondo privado simuló la pensión de la actora, indicando que a los 57 años podía alcanzar una pensión equivalente al 27% de su IBC; que de permanecer en el RPM aspiraría a una pensión en un monto mínimo del 55% del IBC; que el 12 de diciembre de

2018, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia del traslado, sin que a ésta se le diera trámite alguno.

Expone, por último, que la administradora de fondos de pensiones omitió información sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado, al indicarle que podía pensionarse con un mayor valor, a la edad que quisiera, guardando silencio frente a la pérdida de las ventajas del RPM y que el disfrute de su pensión se diferiría más allá de los 57 años, situación que le generó, además, daños injustificados en su salud mental y física, así como en su economía y futuro pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna por cada uno de ellos, 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, sostuvo 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. Advierte que el retorno de la actora al RPM se solicitó en forma extemporánea y con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “*prescripción*”, “*cobro de lo no debido*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*buena fe*”, “*imposibilidad de condena en costas*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” (fls. 77 a 95).

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; que no se trató de una promoción de traslado porque la actora intervino firmando el formulario de afiliación, plenamente consciente de que su situación pensional cambiaría, siendo una funcionaria de alto nivel de la Fiscalía con grandes calidades académicas y profesionales y sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara regresar al RPM. Advierte que la información y las condiciones que para ese momento se manejaban son diferentes a las actuales, en tanto no se exigían cálculos o proyecciones como las que se exigen ahora que quiere regresar a su administradora pensional inicial. Con fundamento en lo

anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada que denominó “buena fe del demandado”, “falta de causa para pedir”, “inexistencia de las obligaciones demandadas”, “prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “cobro de lo no debido”, entre otras (fls. 124 a 211).

De igual manera interviene el Ministerio Público, para enfatizar que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que la afiliada cuente con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Añade que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 33.083 de 2011, reiterada en la SL-1452 de 2019, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico. Formula la excepción de improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones y solicita practicar interrogatorio de parte a la demandante con el fin de verificar la existencia del consentimiento informado requerido para el momento del traslado al RAIS (fls. 215 a 219).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 15 de octubre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante MARÍA CRISTINA GONZÁLES VILLOTA. 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 la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos generados durante toda su permanencia en el RAIS y los gastos de administración que hubiere recibido la administradora. Por último, declaró probadas la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño propuesta por Porvenir S.A e imposibilidad de condena en costas propuesta por Colpensiones, como no probadas las restantes y condenó en costas a la demandada Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, la apoderada de PORVENIR S.A. solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluidas las costas. Para ello reitera lo dicho desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, enfatizando en la contradicción en la que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada, que sin duda se refleja positivamente en la cuenta individual de la accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas.

Finalmente considera que no se debe imponer condena alguna a su poderdante por costas procesales, por cuanto la entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la ley, además el traslado no se concedió porque para ese momento la ley ya no le permitía retornar.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, sobre 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.

Aduce que aceptar los traslados por fuera de los términos establecidos por la ley lesiona la planeación, la asignación y distribución de los recursos. Adicionalmente, de conformidad con el acervo probatorio, es posible determinar la voluntad de la demandante de pertenecer en el RAIS, pues promovió un traslado en los términos del artículo 2º de la ley 797 de 2003, además, no migró o retornó al RPMPD ni requirió asesoría alguna frente a sus derechos pensionales, avalando su decisión inicial al permanecer por cerca de 20 años en el RAIS.

Finalmente señala 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 de la demandante, conforme da cuenta la constancia secretarial del 2 de junio de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A., para insistir en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado, igualmente, reprocha el traslado de la carga dinámica de la prueba, pues genera una desigualdad y desproporción en el equilibrio procesal, y por último, se opone 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 con la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones, así como exonerarla de las condenas impuestas en primera instancia y segunda instancia, teniendo en cuenta que la condena impuesta se atribuye a la falta de información de la administradora del RAIS, sin que COLPENSIONES haya tenido injerencia alguna.

Interviene, igualmente, el apoderado judicial de la parte demandante quien solicita confirmar la sentencia de primer, fundamentando que el acto de afiliación se encuentra viciado, por haber faltado PORVENIR S.A. a los deberes de información cierta,

suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo, pues dentro del proceso no se acreditó lo contrario y lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en la norma y el precedente jurisprudencial, específicamente la sentencia SL1452 de 2019 en la que se señala la procedencia de la ineficacia del traslado ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, para pedir que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada por encontrarla ajustada a la norma y la jurisprudencia que regula la materia, se modifique en el sentido de que el fondo privado asuma cualquier diferencia que se presente en el valor de los recursos trasladados.

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 alinea 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? Por último, iii) ¿Se aviene a derecho la condena en costas impuesta a la demandada PORVENIR S.A.?

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 Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo,

hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

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

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 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 SL5514de 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. MARÍA CRISTINA GONZÁLES VILLOTA, 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 demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. MARÍA CRISTINA GONZÁLES VILLOTA 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 al 1º de agosto de 1995, la historia laboral de Colpensiones (fls 28-30), la certificación expedida por ASOFONDOS (fl. 172) y la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. (fls. 194 a 203), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD y con la posibilidad de acceder a los beneficios que el sistema ofrece, al cual se afilió válidamente desde el 15 de junio de 1987 (fl. 28), 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 que, PORVENIR S.A. también reconocerá la diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido en él, ello, 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, obligación que al no ordenarse en la decisión revisada impone la modificación de la decisión, en su numeral segundo.

Con ello, también se desata sin éxito la inconformidad planteada 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, 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 traspone en cabeza de la afiliada, ni siquiera tratándose de un 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 Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el*

conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”.

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

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

4) COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de 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 de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR y **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 15 de octubre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

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

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y 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.

QUINTO. 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 de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del

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

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00078-01 (073)

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **SOCORRO DEL PILAR RICAURTE GARZÓN** contra **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

SOCORRO DEL PILAR RICAURTE GARZÓN, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PENSIONES COLMENA** entidad que luego fue absorbida por **SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS**, y posteriormente por **ING PENSIONES Y CESANTÍAS**, fusionados finalmente con **PROTECCIÓN** producido a partir de enero de 1998 y el realizado a partir del 14 de mayo de 2003 a **PORVENIR S.A.** Como consecuencia de lo anterior se ordene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales con la capitalización, indexación e intereses moratorios. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales causados a la actora junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de marzo de 1962. Que cotizó al ISS desde el 13 de febrero de 1989 hasta el 1º de febrero de 1998; a **COLMENA** desde enero de 1998

hasta febrero de 2000 y luego a PORVENIR S.A. desde diciembre de 2003. Que sin mediar asesoría idónea en materia pensional COLMENA promovió su traslado al régimen de ahorro individual administrado por esa entidad a partir del enero de 1998 y el 14 de mayo de 2003 de igual forma fue trasladada a PORVENIR S.A. Que de haber permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC último que asciende a \$2.101.042, mientras que en el RAIS la demandante puede aspirar a una pensión equivalente a un salario mínimo. Que el 18 de septiembre de 2018, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual no fue resuelta y PORVENIR S.A. negó su solicitud de traslado radicada el 4 de octubre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 16 de mayo de 2019 (fl. 132-133), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” entre otras. (Fls. 134-141).

PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN SA en su defensa propusieron las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, entre otras (Fls.197-245 y 255-302).

Por su parte, el Procurador 30 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. Propuso como excepciones las de “Improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones” (Fls. 311-315).

El 15 de abril de 2021, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación,

ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 322-325).

El Juez A Quo, el 8 de octubre de 2021, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado de la demandante desde el RAIS administrado por PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción propuesta por PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. denominada como ausencia de PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO. Absolvió de las restantes pretensiones a PORVENIR S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” a favor de COLPENSIONES. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que debe declararse probada la excepción de prescripción por ser el acto jurídico de traslado de naturaleza civil o comercial. Así mismo, indicó que el traslado fue libre, voluntario, espontáneo y se dio con base en la información que se encontraba disponible para ese momento. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos no puede acogerse de manera absoluta e indefinida. Así mismo, indicó que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtuvieron por quien administró el bien, quien desplegó un trabajo financiero especializado y profesional, advirtiendo que en caso de quedar incólume la decisión se acuda a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, se opuso a la condena en costas por cuanto su representada actuó de buena fe y asegura resultan excesivas.

COLPENSIONES

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

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicito se confirme la decisión adoptada por el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia el régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

La demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulados por la primera de las sociedades, referentes a la

improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y que se revoque la condena en costas.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que las A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., incumplieron con la carga de la prueba sobre el deber de información que les correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe pasar a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora SOCORRO DEL PILAR RICAURTE GARZÓN, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicitó se confirme la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado.

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

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

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

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el

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

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

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

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

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

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

Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que COLMENA hoy PROTECCIÓN. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante inicialmente se trasladó en el año 1997, ni PORVENIR S.A. a la que se trasladó en el año 2003, cumplieron con el deber de información que les correspondía, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por el extinto ISS. En consecuencia, contrario a lo que afirma el apoderado de dichos fondos, les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efecto de los traslados la actora recibió por parte de las demandadas independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual

de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues del formulario de solicitud de vinculación o traslado suministrado por parte de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., que datan del 19/12/1997 y del 14 de mayo de 2003, visibles a folios 303 y 246, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que les competía tales como; ilustrar, informar y documentar a la afiliada, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida específicamente por la Sra. MYRIAM DEL CARMEN ENRIQUEZ ALBORNOZ, quien manifestó que cuando fue compañera de la actora en el año 1997 en el Colegio Javeriano, acudieron asesores de COLMENA, quienes llevaron a cabo reuniones de forma general, pues únicamente les comentaron que el ISS iba a desaparecer, pero no les brindaron una información clara ni precisa acerca de los alcances del traslado, tampoco se le explicó las incidencias del cambio de régimen pensional, ni se realizó una proyección del derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que, solo se les habló de las ventajas; como pensionarse a un menor tiempo y que tendrían mayores beneficios.

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

Cabe advertir, que la falta de dicha información por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y pudo evitarse si la demandante hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye que esas entidades, no cumplieron con el deber de información que les correspondía.

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, declarándose la ineficacia del traslado que la demandante realizó ante CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA según el documento del folio 247 el 19 de diciembre de 1997 con efectividad a partir del 1º de febrero de 1998, y el efectuado A ING producto de la absorción de COLMENA, el 1º de abril de 2000 con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año, y el realizado a PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1º de julio del 2003, ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ende, se modificará el numeral primero de la sentencia.

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

la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”.

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

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

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

EXCEPCIONES.

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

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

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala modificar los numerales primero, segundo y se adicionará el numeral tercero de la sentencia conforme se advirtió. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente para cada una, esto es, la suma de \$2.000.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO y ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 8 de octubre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante SOCORRO DEL PILAR RICAURTE GARZÓN, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA, el 19 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del 1º de febrero de 1998, y el efectuado a ING producto de la absorción de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 1 de abril de 2000 con efectividad a partir de esa misma data, y el efectuado a PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1 de julio de ese mismo año”.

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

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

“TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

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

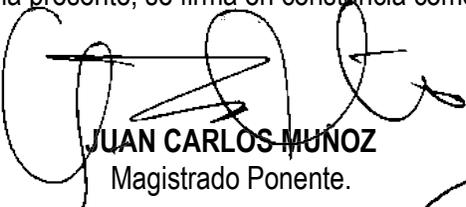
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 8 de octubre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

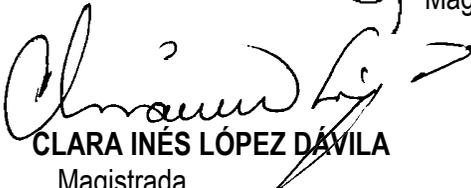
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el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

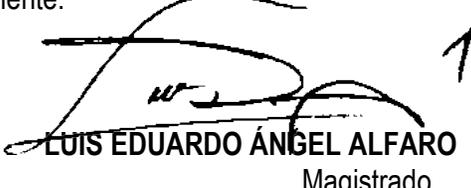
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 261. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

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. 523783189001-2019-00097- 03 – (407)

ACTA No. 252

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **ANNY CRISTINA ORDOÑEZ URBANO** en contra de **LEIDY JOHANA BOLAÑOS ESPINOZA**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, se declare que entre Ernesto Aldair Ordoñez Ordoñez (q.e.p.d.), en calidad de trabajador y la Sra. Leidy Johana Bolaños Espinoza, traída a juicio en calidad de empleadora, existieron dos contratos de trabajo verbal a término indefinido, el primero, entre el 6 de enero de 2009 al 12 de diciembre de 2011 y, el segundo, desde el 3 de agosto de 2015 al 2 de abril de 2019. Como consecuencia de tal declaración solicita que, en su condición de compañera permanente, se condene a la demandada al pago de las acreencias enlistadas en el libelo genitor, a la indemnización plena de perjuicios derivado del fallecimiento de su compañero en su lugar de trabajo, demás derechos que resulten de la facultad extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que en virtud de las dos relaciones verbales de trabajo a término indefinido suscitadas con la llamada a juicio, su difunto compañero prestó sus servicios personales como vendedor de combustible y otros oficios en la estación de servicio Terpel, ubicada en el Barrio Fátima del municipio de San Pablo (N); que no contaba con los medios de seguridad y vigilancia pese a manejar grandes cantidades de dinero en efectivo ni fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos profesionales. Sostiene que, al fallecer el trabajador, la llamada a

juicio le adeuda los conceptos laborales que se reclaman con la presente acción, incluyendo la pensión de sobrevivientes.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se admitió, una vez subsanada y se notificó a la demandada, siendo contestada en forma oportuna y a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, aceptando, primigeniamente, que el Sr. Ernesto Aldair Ordoñez Ordoñez (q.e.p.d.) prestó sus servicios personales desde el 1° de julio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, mediante contrato verbal, el cual finalizó por decisión unilateral del trabajador. Posteriormente se vinculó mediante contrato verbal de trabajo desde el 15 de enero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2019 y a partir del día siguiente, 1° de marzo, suscribieron un contrato de prestación de servicios con una duración de 6 meses; sin embargo, laboró hasta el 2 de abril de esa misma anualidad, fecha en la que falleció.

Señala que el 2 de agosto de 2017, le canceló al trabajador fallecido las prestaciones sociales por el periodo inicial y con respecto a las restantes acreencias laborales, generadas como obligación a su cargo en su condición de empleadora y a favor de quien acredite la condición de beneficiario, se realizaron dos publicaciones en el Diario del Sur, compareciendo la madre del trabajador quien acreditó el parentesco con el registro civil de nacimiento y la demandante, sin certificar tal condición.

Agrega que realizó un tercer aviso y citó a la madre del causante al Ministerio del Trabajo, por considerarla beneficiaria del fallecido, para el pago de las acreencias laborales causadas, pero no se realizó por cuanto se surtió la notificación del presente proceso ordinario.

Aduce, finalmente, que el Sr. ERNESTO ALDAIR ORDOÑEZ ORDOÑEZ (q.e.p.d.) no procreó hijos, tampoco conformó una sociedad conyugal ni tuvo compañera permanente hasta la fecha de su deceso, pues la demandante nunca vivió con él bajo el mismo techo, cuando además él sostenía relaciones sentimentales con otras mujeres. En lo que antecede se cimentaron varias excepciones de mérito.

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Promiscuo del Circuito de la Cruz-Nariño, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 1° de septiembre de 2021,

declaró probada la excepción de fondo propuestas por pasiva denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA" y, en consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de las pretensiones formuladas en su contra, condenando a la demandante a asumir las costas de primera instancia por suma de \$1.350.000, equivalente al 3% de las pretensiones incoadas en la demanda.

Para asumir tal decisión, el juez analizó los medios de prueba arrojados al dossier para concluir que entre la demandante y el Sr. Ernesto Aldair Ordoñez Ordoñez (q.e.p.d.), no se consolidó una unión marital de hecho, pues los testigos traídos al proceso dieron cuenta de que entre la pareja se suscitó un simple noviazgo, más no un vínculo con vocación de permanencia y apoyo mutuo. Indica que, si bien los testigos LIDIA AMPARO ORDOÑEZ y CARMELA MENESES fueron tachados por sospecha, no se debe pasar por alto que fueron quienes convivieron en el lugar donde el causante pasó sus últimos años de vida y dan fe de lo acontecido al interior de la residencia, cuando además ello concuerda con lo señalado por los demás testigos de la parte demandada.

Resalta que la simple afirmación de haber convivido con una persona, automáticamente no le da la condición de compañera permanente, pues es indispensable acreditar que se buscaba con la pareja conformar una familia y, por ende, una comunidad de vida, bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho, lo que en el presente asunto no ocurrió.

Concluye, para efecto de determinar el derecho frente al pago de prestaciones sociales, que no se tiene la legitimación para reclamar la existencia de una relación laboral entre Sr. ERNESTO ALDAIR ORDOÑEZ ORDOÑEZ y la Sra. LEIDY JOHANA BOLAÑOS, por no demostrarse la calidad de heredera.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses judiciales de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación en procura de que ésta se revoque y, en su lugar, se acojan las pretensiones incoadas en el libelo genitor, argumentando que no se realizó un análisis congruente y riguroso frente a las pruebas aportadas, pues efectivamente existió una unión marital de hecho. Refiere, adicionalmente, que no se analizaron las declaraciones rendidas por los familiares del difunto, quienes ya recibieron una cantidad de dinero por su condición de familiares y beneficiarios del causante. Expone que no se le puede dar

credibilidad a un testigo que reside hace más de 10 años en la ciudad de Popayán y quien visitaba a sus padres una o dos veces en el año y desechar los testimonios de terceros que son conocidos del sector, los cuales dan fe de que el Sr. ERNESTO ALDAIR ORDOÑEZ ORDOÑEZ (Q.E.P.D) y su prohijada, la Sra. ANNY CRISTINA ORDOÑEZ URBANO, si cohabitaban.

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 demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

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, no se recibió -vía electrónica- ninguna intervención, según constancia secretarial 10 de noviembre de 2021.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a este Cuerpo Colegiado plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La Sra. ANNY CRISTINA ORDOÑEZ URBANO, acredita la calidad de beneficiaria que la legitime para solicitar de la llamada a juicio todas y cada una de las acreencias laborales derivadas del vínculo laboral que se gestó con el extinto trabajador, así como la condición de compañera permanente, para acceder a la pensión de sobrevivientes? En caso afirmativo, ii) ¿La actora tiene derecho al reconocimiento de tales derechos?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1. DE LOS BENEFICIARIOS PARA RECLAMAR DERECHOS LABORALES DEL TRABAJADOR FALLECIDO Y DE LA CONDICIÓN PARA ACCEDER A DERECHOS PENSIONALES

A fin de desatar los anteriores planteamientos es imperativo recalcar, en primera medida, que con la ejecución de un contrato de trabajo se causan acreencias laborales a favor del trabajador o de su grupo familiar, quienes en todo caso deberán acreditar su condición de beneficiarios para su reclamación, en caso de que éste

fallezca. Ahora bien, de las reglas generales del contrato laboral previstas en el artículo 61 del C.S.T., se enuncian las causales legales de terminación del contrato, figurando como la primera de ellas, prevista en el literal a) la muerte del trabajador y por su parte, el artículo 212 de la misma normativa, señala la forma de demostrar la condición de beneficiario de dichas prestaciones¹; sin embargo, no se especifica, de manera taxativa, quienes ostentan dicha calidad, por lo que es preciso acudir a las disposiciones del Código Civil Colombiano.

Así lo ha precisado, igualmente, el Ministerio del Trabajo en diversos conceptos, entre ellos, el 59757 del 11 de junio de 2015, al indicar que, para establecer las beneficiarias de la liquidación de acreencias laborales del trabajador fallecido, deberá remitirse al orden sucesoral fijado en el artículo 1045 y s.s. de tal compendio sustantivo y siguientes, por tratarse de un activo del fallecido.

Así, los referidos artículos indican los grados hereditarios, del que se extrae que el pago de salarios y prestaciones sociales se harán de acuerdo con el siguiente orden:

1. Cónyuge e hijos en partes iguales.
2. A falta de cónyuge, la totalidad a los hijos.
3. Si hay cónyuge, pero no hijos, la totalidad al cónyuge.
4. A falta de cónyuge e hijos, la totalidad a los padres.
5. A falta de todos los anteriores, la totalidad corresponde a los hermanos.

Asimismo, se tiene que en sentencia C-238 de 2012, emanada de la Corte Constitucional y en la SC5698-2021, radicado 11001-31-03-027-2010-00484-01 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se señala que el referido orden

¹ 1. La calidad de beneficiario de la prestación establecida en el ordinal e) del artículo 204 se demuestra mediante la prestación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acrediten quienes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombres precisos y la razón de serlo. Comprobada así dicha calidad y hecho el pago a quienes resulten beneficiarios, el {empleador} respectivo se considera exonerado de su obligación, y en caso de que posteriormente aparecieran otros beneficiarios, aquellos que hubieren recibido el valor de la prestación están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.

2. Antes de hacerse el pago de la prestación el {empleador} que la hubiera reconocido debe dar aviso público, con treinta (30) días de anticipación, indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios. Tal aviso debe darse en la prensa del lugar por dos (2) veces a lo menos, y en donde no existieren publicaciones periódicas, por medio de una nota al Alcalde del Municipio, quien la dará a conocer por bando en dos días de concurso. Este aviso tiene por objeto permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar.

3. En el caso del último inciso del ordinal e) del artículo 204, la dependencia económica se acredita por los medios probatorios ordinarios.

hereditario no solo se aplica al cónyuge sobreviviente, sino que también se extiende al compañero o compañera permanente que le sobreviva al causante siempre y cuando allegue al proceso la correspondiente prueba conforme las directivas establecidas en el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, reformado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005.

Del mismo modo, conviene precisar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 2010, rad. 36999, indica:

“(...) la condición de compañero(a) permanente, tratándose de una situación que se origina en un conjunto de circunstancias que permiten determinar la decisión responsable de conformar un grupo familiar con vocación de estabilidad, sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, sin que se pueda acudir como sí acontece con el matrimonio, a una formalidad, o a la mera inscripción como beneficiaria de una persona a la seguridad social.

Se ha de acreditar esa decisión responsable de conformar una familia, con el conglomerado de comportamientos que permitan establecer la seriedad de la intención, que se traduce en los actos objetivos tendientes a realizarla como lo es la convivencia común.”

Igualmente, Nuestro Máximo Tribunal de Cierre, en sentencia con radicación 31921 del 22 de julio de 2008 dijo:

“(...) pues lo que interesa para que la convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, características de la vida en pareja (...)”, posición que fue reiterada en sentencia del 29 de noviembre de 2011 con radicación No. 40055 al expresar que la convivencia se caracteriza por “(...) los lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos. (...)”.

Además, en sentencia SL1399-2018, reiterada en la SL3813- 2020, esa misma Corporación señaló que la convivencia real y efectiva “entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”

De allí que, por un lado, no toda relación de pareja se encasilla en una verdadera convivencia en los términos de la jurisprudencia laboral, pues en este tipo de relaciones hay una amplia gama de situaciones que atraviesan por lo que se conoce popularmente como “noviazgo”; hasta una verdadera “convivencia efectiva de pareja” que es la que reconoce la ley para efectos de acceder a los derechos pensionales.

2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la promotora de la Litis, por intermedio de su apoderado judicial, recrimina la decisión de primera instancia porque, en su sentir, adolecer de un debido y riguroso análisis probatorio en relación con la prueba testimonial traída al proceso.

Así pues, la Sala concentrará su atención en verificar tal circunstancia, advirtiendo que para tal fin se seguirán las orientaciones trazadas en los artículo 60 y 61 del C.P.L. y S.S., en tanto el operador judicial cimentará su decisión en las pruebas debidamente allegadas al proceso, sin sujeción a tarifa legal y orientado por el libre convencimiento, siguiendo los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes.

Puesta la Sala en esta tarea, del material probatorio arrojado al plenario se extrae, primigeniamente, que las declaraciones extrajudicio rendidas por los Sres. LIBARDO REALPE URBANO y MILLER CELESTINO ORTIZ MUÑOZ, el 23 de abril de 2019, ante la Notaría Única del Círculo de San Pablo- Nariño, al absolver el cuestionario planteado por la Sra. ANNY CRISTINA ORDOÑEZ URBANO, manifestaron, “(...) Si, sabemos y nos consta, que nuestra preguntante convivió en unión marital de hecho por más de 5 años con el señor ERNESTO ALDAIR ORDOÑEZ ORDOÑEZ, quien en vida se identificaba con la cedula (sic) de ciudadanía No. 1.085.662.171 de San Pablo Nariño, compartiendo lecho, techo y mesa hasta el último día de su vida”.

Adicionalmente, obran los testimonios de MARÍA RUBIELA BRAVO, NASLY JAZMÍN ANDRADE MUÑOZ y YARENIS LILIANA LASSO, traídas a juicio por actividad de la demandante, quienes, respecto de su convivencia con el fallecido trabajador, Ernesto Aldair Ordoñez Ordoñez, respondieron, al unísono, que la misma se desarrolló en la casa de la Sra. CARMELA MENESES, abuela del causante, lugar que las deponentes visitaban de manera ocasional, cada 8 o 15 días. Empero, la Sra. MARÍA

BRAVO, quien refirió que se domiciliaba cerca de las residencias de la demandante y el Sr. Ordoñez Ordoñez, al ser preguntada sobre el lugar donde vivía la pareja, señaló: “Aldair vivía a la vuelta -entiéndase de la casa de la testigo- y Anny Cristina a una cuadra de su casa” y siendo nuevamente interrogada sobre este punto, reiteró su respuesta, aduciendo que “Anny vivía una cuadra más arriba y Ernesto a la vuelta, en la misma manzana”. Agregó, respecto de la forma como se desarrolló la vida marital de la pareja, que como el causante trabajaba solo lo miraba entrar y salir; es decir, que pasaba poco tiempo en su casa y que la actitud frente a la demandante, en las ocasiones en las que estuvo de visita o se encontraba con el causante, era de un “beso, saludar, entraba a su habitación y salía”.

Por su parte, la Sra. NASLY JAZMÍN ANDRADE, señaló que conoció a la demandante desde hace 6 o 7 años y que con el Sr. Aldair fueron novios y convivieron hasta el momento de su fallecimiento. Aduce que, si bien como testigo no residía cerca de la pareja, sabe que vivían a una cuadra de donde se domiciliaba Anny Cristina.

Finalmente, la Sra. YARELIS LASSO, señaló que conoce a la demandante porque trabajaron juntas en un lugar llamado “La Patojita”. Respecto de la relación de pareja adujo que fueron novios bastante tiempo y después se fueron a vivir juntos aproximadamente unos 8 o 9 años después del noviazgo, que se comportaban como compañeros permanentes porque el causante siempre le llevaba la comida a la demandante a su lugar de trabajo y ella a él cuando el horario laboral no le permitía comer en su hogar. Sostiene que cuando visitaba a su amiga Anny Cristina a la casa de la abuela materna del causante, este último también se encontraba allí y se comportaban muy cariñosos y respecto de los gastos compartidos manifestó que no conoce la situación muy bien, pero cuando se fueron a vivir juntos, le consta que compraron una cama y demás, porque acompañó a la demandante a un establecimiento de comercio adjunto a su lugar de trabajo.

De lo anterior se concluye, de entrada, que ninguna de la versiones entregadas por quienes concurren en condición de testigos de la parte demandante, ofrecen la convicción suficiente para que esta Sala de Decisión avizore una decisión sustancial y jurídica de la pareja de formar una familia, ni de compartir sus aspectos económicos o sociales, menos que ésta hubiere perdurado por un tiempo igual o superior a 5 años anteriores al fallecimiento del causante; por el contrario, lo que resulta indiscutible es que tanto la demandante como el trabajador fallecido mantenían lazos de afecto, una relación de noviazgo que, por supuesto, permitiría concluir sus nexos afectivos y

de cercanía, pero no una convivencia con las características de una unión marital de hecho, al punto que no fue posible siquiera determinar las circunstancias de tiempo, modo y de lugar en las que ésta se desarrolló. Ahora, la prueba testimonial y menos las declaraciones extraproceso, dan cuenta de las circunstancias de ayuda mutua ni de los lazos de solidaridad que sostenían el vínculo, lo que resulta suficiente para tener por no demostrada la comunidad de vida alegada por activa, en los términos de la jurisprudencia ya traída a colación.

Ahora bien, para abundar en argumentos y contrario a lo señalado por el apoderado judicial que defiende los intereses por activa, en su recurso de alzada, se encuentran los testimonios de la parte demandada, Sras. LIDIA AMPARO ORDOÑEZ MENESES y CARMELA MENESES ORDOÑEZ, madre y abuela del causante, frente a quienes se presentó la respectiva tacha por considerar su testimonio parcializado y encaminado a favorecer a la demandada, en tanto recibieron los dineros que se están reclamando en el presente proceso. De lo expuesto por las convocadas a declarar por la parte demandada, analizado con rigor al tenor de lo regulado en el C.G.P., artículo 211, se tiene que, en principio, por su condición de familiares más cercanos compartieron la misma residencia con el causante, con excepción de dos años en los que el causante laboró con un familiar en la ciudad de Popayán, de manera que conocían de primera mano los hechos que concentran la atención del Juez Plural.

En relación con la demandante, señalaron, al unísono y de manera enfática, que sólo se trató de un noviazgo porque nunca tuvieron intención de algo adicional, no compraron cosas juntos, pues todo lo que se encontraba en la habitación del Sr. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, consistente en una cama, armario y televisor, fueron adquiridos por él a costas de su trabajo. Exponen, adicionalmente, que la actora siempre vivió con sus padres en el barrio Fátima del municipio de San Pablo, contiguo a la residencia del causante y ocasionalmente algún fin de semana ANNY CRISTINA se quedaba en la casa de los testigos con su novio, sin haberse comportado jamás como “marido y mujer”, siendo la abuela CARMEN MENESES y la demandada LEIDY JOHANA BOLAÑOS quienes realizaron los trámites y asumieron los gastos de las honras fúnebres del causante.

Ello se corrobora, además, con los testimonios rendidos por los Sres. JUAN PABLO PEREZ y MILLER ORDOÑEZ, quienes manifiestan que la pareja conformada por Anny y Ernesto sólo mantenían una relación de noviazgo, porque siempre se presentaron ante el público como tal y, finalmente, se encuentra el testimonio del Sr. JHON JAIR ORDOÑEZ

MENESES, tío del causante y frente a quien se manifiesta inconformidad en el recurso de alzada, señaló que reside en la ciudad de Popayán desde hace aproximadamente 10 años pero viaja a San Pablo (N) cada 8 o 15 días y se queda en casa de su madre CARMELA MENESES, exponiendo con contundencia que conoció a la demandante como vecina del pueblo y una de las novias de su sobrino, que la pareja nunca vivió juntos y cuando se encontraban en eventos sociales como fiestas y demás, siempre se presentaban como tales.

Decantado lo anterior y contrario a lo increpado por el alzadista por activa, ningún dislate se avizora en el análisis de la prueba testimonial realizado por el director judicial de primer orden, porque es claro y contundente que no se acreditó la convivencia conforme la caracterización realizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues ninguno de los testigos narra circunstancias que den cuenta de la manera como se desarrolló la vida en pareja, o sobre el ánimo de conformar una familia o si la unión estaba ligada en el afecto e intención de brindarse apoyo y asistencia recíproca, quedando con ello desvirtuada la unión marital de hecho perseguida y, por ende, la condición de compañera permanente que la ubique ante el derecho a la pensión de sobrevivientes, a la luz de los regulado en ellos artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 y menos aún, la condición de beneficiaria de las acreencias laborales causadas en vida por el trabajador y que ahora, como antes se expuso, le corresponden a quienes acrediten derechos herenciales.

Para finalizar, es de indicar que era carga de la demandante probar los supuestos fácticos que sustentan sus pretensiones, tal y como lo establece el art. 167 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P. del T y de la S.S., pues es claro que no basta alegar la conformación de una unión marital sino que se debe acreditar de manera suficiente, por cinco (5) años como mínimo, antes del fallecimiento del causante, la clara voluntad de la pareja de compartir techo, mesa y lecho y como se ha visto, de la revisión individual y conjunta de las pruebas recolectadas, ello no ocurrió.

Por lo tanto, se confirma la sentencia absolutoria apelada, la cual declaró probada la excepción de fondo denominada “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, lo que releva a la Sala de analizar el restante problema jurídico.

Dadas las resultas de alzada, se impondrán costas en esta instancia a la parte demandante a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv, esto es, \$1.000.000, conforme lo dispuesto en el Acuerdo PSA16-1055 de 2016, 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, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

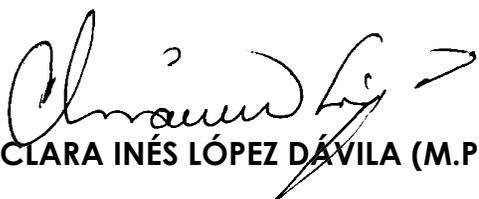
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 1º. de septiembre de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Cruz -Nariño, objeto de apelación por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandante a favor de la parte demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, \$ 1.000.000, que serán liquidadas de 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 la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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 (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL
JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00126 01 (464)

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de junio dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **EDUARDO VITELIO BETANCOURT DIAZ**, en contra de **PORVENIR S.A.** La secretaria informa que las partes fueron debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

EDUARDO VITELIO BETANCOURT DIAZ, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **PORVENIR S.A.** para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material condene a la demandada a reconocer y pagar una pensión de invalidez, a partir del 21 de julio de 2012, junto con los reajustes e indexación respectiva.

Fundamentó sus pretensiones en que se encuentra afiliado a **PORVENIR S.A.** Que la Junta Regional de Calificación de Nariño, mediante dictamen del 29 de julio de 2016, le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 65.39% y una fecha de estructuración del 21 de julio de 2012, derivada de una enfermedad común. Que el 1º de septiembre de 2016, le solicitó a **PORVENIR S.A.** el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez siéndole negada en varias oportunidades.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda con auto del 29 de abril de 2019 (Fls.78-79), en el que ordenó la notificación de la demandada, actuación que se surtió en legal forma.

Trabada la litis, la demandada PORVENIR S.A., por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el dictamen de capacidad laboral no se encuentra en firme, en tanto, la aseguradora interpuso los recursos de ley en su contra, estando la apelación pendiente por resolver. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ RECLAMADA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA”, “PETICIÓN ANTES DE TIEMPO” y la “INOMINADA” (Fls.95-111)

Así mismo, PORVENIR S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Fls.167-169), el que fue aceptado por el juzgado de conocimiento mediante auto calendaro 23 de abril de 2019 (Fl.185) y, frente al cual se pronunció en la forma que dan cuenta los folios 199-207.

La Juez A quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. el 11 de noviembre de 2020, en la que declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de PORVENIR S.A, fijó el litigio, se decretaron las pruebas pedidas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 224-227).

El 8 y 11 de octubre de 2021 dentro de la audiencia referida, la Juez de Primera Instancia declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por riesgo común. Condenó a PORVENIR S.A. a reconocer la pensión de invalidez a partir del 21 de julio de 2012 y a incluirlo en nómina de pensionados a partir del 1º de noviembre de 2021, reconociéndole 13 mesadas anuales por valor de un salario mínimo el cual se incrementará anualmente, conforme a las disposiciones del gobierno nacional. Condenó a pagar las mesadas causadas desde el 1º de abril de 2017 hasta el 31 de octubre de 2021, por un valor indexado de \$51.447.244, suma de la cual se deberá descontar el porcentaje obligatorio para el pago de aportes al sistema de seguridad social. Condenó a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a que realice la correspondiente operación financiera tendiente a realizar la cobertura respecto al seguro previsional que se debe efectuar para el reconocimiento de la pensión, con base en la póliza No 9201410004634. Condenó en costas a las demandadas, declaró no probadas las excepciones propuestas por ella y las absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra (Fls. 360-362).

En síntesis, la Juez A Quo, sostuvo que para iniciar el proceso de calificación producto de un padecimiento o accidente se debe contar con un diagnóstico definitivo, que inicialmente debe realizarse ante la EPS, ARL o Fondo de Pensiones, según el estado en el que se encuentre el trabajador; trámite que el demandante no agotó; sin embargo, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, tuvo a su alcance a la historia clínica completa del trabajador con base en la cual emitió un dictamen, mismo que si bien en principio a la aseguradora no le fue oponible, fue puesto en conocimiento por parte de la junta contra el cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, por ello fue controvertido. De igual forma, indicó que en el trámite del proceso el Despacho también ordenó la notificación del dictamen para que se debata, hasta el punto en que se aportó un nuevo dictamen emitido por la compañía de seguros en el que se otorgó un porcentaje

de pérdida de capacidad laboral del 20,90%, el cual no tuvo en cuenta la totalidad de la historia clínica completa, por ello, concluyó que era el dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el que gozaba de validez, otorgando la pensión de invalidez en favor del demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

En síntesis el apoderado de PORVENIR S.A. cuestionó el valor probatorio que le otorgó la Juez A Quo al dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, puesto que se obtuvo de manera particular ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, sin seguir el procedimiento establecido para ello, por lo cual asegura el dictamen no era vinculante para esa entidad ni para Mapfre Colombia Seguros, pues sostuvo que no se entiende como un año después de producido el dictamen se conoció una notificación a Mapfre quien interpuso recursos, mismos que después fueron dejados sin efecto, por ser la calificación una actuación como perito la cual no es susceptible de recursos. En conclusión, advirtió que si bien los jueces están llamados a la interpretación a tal manera que produzcan efectos jurídicos y se haga justicia no están llamados para sustituir la ley, la cual establece que debe reclamarse la prestación con un dictamen debidamente tramitado, en firme y ejecutoriado que debe ser objeto de contradicción y oposición, situación que en el caso no ocurrió y que desde luego no se supera con el hecho de que el Juzgado dio traslado de un dictamen, respecto del cual quienes lo produjeron manifestaron que no producía efectos jurídicos en el campo del reconocimiento de las prestaciones, en consecuencia sostuvo que el fallo es absolutamente contrario no solo a la realidad, si no a la verdad formal probada en el proceso, por lo tanto, solicitó se revoque la sentencia.

LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE SEGUROS

La apoderada de la llamada en garantía, sostuvo que no se desconoce el derecho que le asiste al demandante; sin embargo, el mismo no puede estar por encima de los demás a quien si se le exige el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, pues mencionó que el dictamen por medio del cual se pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez no cumple con el decreto 1352 de 2013 y 1072 de 2015, y así se dejó expuesto por la propia Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien manifestó que por ser aportado de manera particular no era idóneo para los fines del particular, por lo cual solicita se agote el conducto regular frente al trámite de calificación para determinar en debida forma el origen de la contingencia, condición que no se ha cumplido.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos interpuestos fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan a continuación.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. manifestó que en el asunto bajo estudio y dando ampliación a la normatividad e interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional previsto en sentencia T-427 de 2018, de acuerdo a la narración de los hechos de la demanda y a las pruebas obrantes en el plenario, está demostrado que el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con el cual el demandante solicita la correspondiente pensión, se obtuvo sin tener en cuenta el trámite dispuesto por la Ley para establecer el estado de invalidez, toda vez que: i) no hay constancia que acredite que el demandante haya solicitado el referido dictamen alegando de manera escrita y expresa alguna de las causales dispuestas en el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013; ii) tampoco transcurrieron 540 días después diagnosticada la enfermedad sin que la EPS haya adelantado los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral, puesto que tal y como lo reconoce el Dictamen aportado por la parte actora, el último examen diagnóstico que arrojó como resultado la enfermedad, fue el 27 de agosto de 2014 y la fecha de la solicitud de calificación que realizó el actor ante la Junta Regional fue el 20 de mayo de 2015, habiendo pasado tan solo 263 días desde el diagnóstico de la enfermedad y; iii) no hubo dictamen de pérdida de capacidad laboral de primera oportunidad emitido por el Fondo de Pensiones o la compañía aseguradora que asume el riesgo de invalidez, por lo tanto, el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral aportado al proceso carece de fuerza legal y valor probatorio, pues el mismo se obtuvo sin atender el trámite dispuesto por la ley para obtener la pensión de invalidez reclamada en este asunto y tampoco tiene valor probatorio como dictamen pericial, de ahí que, al Fondo de Pensiones y a la llamada en garantía no les asiste obligación de reconocer y pagar la prestación reclamada, siendo improcedentes las pretensiones del demandante.

Finalmente, manifestó que en la remota circunstancia de que se considere que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. deba pagar la suma adicional que se requiera para completar el capital que respalde el monto de la pensión a la que haya lugar, en aras de garantizar el principio de lealtad procesal y contractual, informa que el contrato de Seguro Previsional de Invalidez y Sobrevivientes que debe afectarse es el No. 9201410004634, con vigencia comprendida entre el 1 de enero de 2010 y el 1 de enero de 2014, tiempo que ampara la fecha de estructuración dispuesta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño (21 de julio de 2012).

Por su parte PORVENIR S.A., reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En virtud de los argumentos expuestos en los recursos de alzada, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por los apelantes al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del C. P. del

T. y de la S. S., le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el 29 de junio de 2016, que estableció que el demandante Eduardo Vitelio Betancourt Díaz, padece una discapacidad del 65.39%, es válido o no, en la medida en que el demandante acudió directamente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, para obtener calificación y consecuentemente una pensión de invalidez.

Para definir lo pertinente, la Sala advierte que se encuentran acreditados los siguientes aspectos i) que el demandante está afiliado para los riesgos de IVM a PORVENIR S.A. ii) que por solicitud del actor la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitió el dictamen de fecha 29 de junio de 2016 mediante el cual lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 65.39% con fecha de estructuración 21 de julio de 2012, por enfermedad común (Fls. 12-15) iii) que Porvenir S.A. el 21 de octubre de 2016, le negó la pensión de invalidez, al considerar que Mapfre Colombia objetó el reconocimiento de la dicha prestación al no haberle sido notificado el dictamen (Fl.20). iv) que por solicitud del actor la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el 4 de abril de 2017 notificó el dictamen a Mapfre Colombia (Fls. 31-34). v) que Mapfre Colombia Seguros solicitó la revisión y en subsidio la apelación contra el dictamen del 29 de junio de 2016, frente a lo cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el 7 de diciembre de 2017, dispuso no reponer y concedió la apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Fls. 40-28). vi) que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el 20 de enero de 2020, dejó sin efectos el recurso de reposición resuelto el 7 de diciembre de 2017, al ser el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral una actuación como peritos el cual no es susceptible de recursos, pues indicó que si bien resolvió el recurso esa etapa no es correcta según lo dispone el Decreto 1072 de 2015, precisando que antes del 29 de noviembre de 2018, esa entidad no aplicaba los preceptos legales de las normas reguladoras en forma correcta (Fls. 330-331) y, vii) los múltiples padecimientos o enfermedades y el deterioro del estado de salud conforme a la historia clínica (Fls. 44 y ss).

Dicho lo anterior, conviene recordar que la discusión en esta instancia radica en establecer si el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, es válido, puesto que PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aducen que no lo es, en tanto, el actor acudió directamente a la junta, sin previamente asistir a las entidades que la ley les asignó la competencia para su calificación, específicamente conforme lo establecen los artículos 2.2.5.1.25 a 2.2.5.1.31 del Decreto 1072 de 2015, que sería la norma aplicable según sentencia SL 2965 de 2020, disposiciones que en efecto hacen referencia entre otros aspectos a los casos en que se puede recurrir directamente ante las juntas regionales de calificación de invalidez; las condiciones que deben reunir las entidades que califican la pérdida de capacidad laboral a cargo de las ARL, EPS y las Administradoras del Régimen Subsidiado; la calificación del origen del accidente la enfermedad o la muerte a cargo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, pues en su sentir al no haberse adelantado el trámite establecido en el mencionado Decreto el dictamen no es vinculante.

Sobre la controversia planteada conviene advertir que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en varios casos similares al que nos ocupa ha establecido que los jueces no incurren en error jurídico alguno al darle plena validez al dictamen de discapacidad rendido por la Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, a pesar de que previamente no se hubieran agotado los trámites administrativos a efectos de establecer la pérdida de capacidad laboral ante las instituciones respectivas por no ser un requisito de procedibilidad, así lo ha establecido en las sentencias del 29 de septiembre de 1999, expediente 11910, reiterada entre otras, en las sentencias del 1 de agosto de 2001 (radicación 15904), del 27 de noviembre de 2001 (radicación 17187), del 6 de junio de 2002 (radicación 17622), del 23 de septiembre de 2004 (radicación 22171), del 25 de mayo de 2005 (radicación 24223), y del 6 de diciembre de 2016 (radicación 44298), y reiteradas en sentencia SL 5280 de 2018 y recientemente en 1044 de 2020 en los siguientes términos:

“Esta Sala de la Corte, en sentencia dictada el 16 de diciembre de 1997 en juicio ordinario laboral que se promovió contra el Seguro Social (expediente 9978), adelantó un concepto sobre el alcance de los artículos 41 a 43 de la ley 100 de 1993, que en lo fundamental contiene estos planteamientos:

1. Según los artículos 39 y 250 de la ley 100 de 1993 para obtener la pensión de invalidez se requiere que el afiliado al sistema de seguridad social haya sido declarado inválido y que la dicha declaratoria provenga de unos organismos creados por la misma ley (artículos 41 a 43, desarrollados por los decretos reglamentarios 1346 de 1994 y 692 de 1995).

2. Para determinar el estado de invalidez, la ley 100 de 1993 estableció un procedimiento de dos instancias y para ello adjudicó la competencia exclusiva a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y a la Junta Nacional de calificación de Invalidez.

3. El legislador de 1993 sustrajo de la órbita de las mismas entidades o personas que cubren el riesgo de invalidez la determinación de ese estado y dispuso que cualquier discusión sobre la reducción de la capacidad laboral fuera definido por las juntas regionales y la nacional ya mencionadas.

4. Según los decretos reglamentarios 1346 y 692 de la ley 100 de 1993, las controversias sobre el estado de invalidez son ajenas al debate y pronunciamiento judicial.

Coincidente con esas premisas, la sentencia acusada concluye que, cuando se trate de demandar el pago de la pensión por invalidez, es imprescindible agotar en forma previa el procedimiento ante las Juntas de Calificación de Invalidez correspondiente, exigido por los artículos 41, 42 y 43 de la ley 100 de 1993 y la omisión de ese procedimiento da lugar a una sentencia inhibitoria.

Aunque se reitera que en virtud de las normas antes citadas, la prueba idónea del estado de invalidez que genere el derecho a la pensión correspondiente es el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez, regionales y nacional, cuya obtención impone agotar el trámite señalado en la ley 100/93 y en sus decretos reglamentarios, ello no significa la imperiosa necesidad de hacerlo en forma previa a la presentación de la demanda, sin desconocer el inmenso beneficio que conlleva acompañar a la misma el correspondiente resultado.

Tampoco puede concluirse que dichas disposiciones establecieron un requisito de procedibilidad, como lo dice el Tribunal, ni un desplazamiento hacia las Juntas de Calificación de Invalidez de la facultad decisoria sobre la existencia del derecho pensional en cuestión.

La negativa parcial o total de la pensión de invalidez es, en esencia, un conflicto

jurídico y como tal, su conocimiento está atribuido por la Constitución Política y por la propia ley laboral al juez del trabajo (artículo 2° del CPL). La jurisdicción, como facultad del Estado para dirimir los conflictos, corresponde a los órganos judiciales y no puede ser transferido a los particulares, como son las Juntas en cuestión, dado que ellos no administran justicia.

Bajo el anterior planteamiento, es evidente que los artículos 41, 42 y 43 de la ley 100 de 1993 no podían colocar en cabeza de entes privados (juntas regionales y nacional de calificación de invalidez) la competencia y la jurisdicción para definir el conflicto jurídico que suscite el reconocimiento de la pensión de invalidez, lo cual no se opone a ratificar, como ya se dijo, que son tales entes los únicos facultados por la ley para emitir el dictamen sobre el grado de reducción de la capacidad laboral de una persona, como fundamento de su pretendida pensión de invalidez.

Los artículos 41, 42 y 43 de la ley 100 de 1993 no manejan el tema del reconocimiento de la pensión de invalidez como presupuesto procesal. El 41 establece que el estado de invalidez de un asegurado se determina con base en lo dispuesto por los artículos 42 y 43, siguientes. El 42 dice que en las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen. Y el artículo 43 crea la Junta Nacional para la Calificación de los Riesgos de Invalidez en orden a resolver las controversias que en segunda instancia sean sometidas a su decisión por las Juntas Regionales o Seccionales respectivas.

Nada indica entonces en esos tres preceptos la intención siquiera tácita de crear un procedimiento, gubernativo o de otra naturaleza, previo al juicio y ante entes privados. Pero aún suponiendo que lo hubiera pretendido, operaría por fuerza la excepción de inconstitucionalidad y la consiguiente inaplicación de esa preceptiva por ser contraria al esquema constitucional que sitúa en el órgano jurisdiccional la facultad del Estado para la definición de los conflictos y el del reconocimiento de una pensión es uno de ellos.

En esas condiciones, la Sala estima, en acuerdo con el recurrente, que el adecuado entendimiento de los artículos 41, 42 y 43 de la ley 100 de 1993 es crear una opción conforme a la cual si el asegurador niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, el asegurado puede acudir a las juntas de calificación de invalidez o al juez del trabajo, a su elección, pues también se puede acudir a ellas una vez iniciado el trámite judicial, para darle al dictamen pertinente el trámite que le corresponde en su calidad de prueba.

En sentencia SL 5280 de 2018, sobre la validez de los dictámenes sin seguir los procesos administrativos, nuestro órgano de cierre explicó que:

Así las cosas, y descendiendo al sub lite, cuando se emita un dictamen de esta naturaleza por parte de la entidad competente, se notifique a las partes y éstas no lo controvertan de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, tanto cuando se ha proferido antes de iniciado el proceso judicial en el que se aporte como prueba, como cuando se ha producido una vez iniciado éste, la Corte no encuentra argumento válido para que no se pueda acudir y considerar válidamente ese dictamen, se itera, emitido por una Junta de Calificación de Invalidez en ejercicio de sus atribuciones legales, que establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que da origen a la pensión de invalidez que se demandó y que se ordenó a través de las decisiones de instancia, previa comprobación de los requisitos establecidos en la normativa vigente.

Y, Sobre la contradicción de los dictámenes la sentencia SL 1044 de 2019 enseñó que:

“Así las cosas, el ejercicio de los recursos previstos en el decreto en cita contra los dictámenes que profieren las juntas de calificación de invalidez, no es el único medio con que cuenta la parte contra la cual se pretenda hacer valer, para oponerse y disentir de su contenido, puesto que también puede controvertirlo ante la jurisdicción ordinaria laboral; incluso, dentro del proceso, puede hacer uso de la solicitud de una nueva valoración, para que sea el juez quien decida conforme a la sana crítica lo pertinente, a efectos de resolver

sobre la pretensión deprecada.

Luego, en el sub lite, si bien es cierto que la actora no notificó a la accionada del trámite de pérdida de capacidad laboral que inició ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, la convocada a juicio –en ejercicio pleno de su derecho de contradicción y defensa– pudo debatir el dictamen que se allegó al plenario o requerir en la contestación de la demanda la expedición de uno nuevo. Sin embargo, optó por declinar esa opción y limitó su defensa a alegar que aquella valoración médica no le era oponible.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y teniendo en cuenta lo anterior para la Sala al igual que como lo concluyó la primera instancia el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el 29 de junio de 2016, visible a folio 12 a 16, resulta ser válido, más aún cuando la demandada y la llamada en garantía tuvieron conocimiento del mismo, la primera desde la fecha en que el actor presentó la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez según se deduce de la respuesta de fecha 21 de octubre de 2016, y la segunda desde el 4 de abril de 2017, por virtud de la notificación que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño realizó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Además, y dado que la Junta Regional de Calificación de Invalidez dejó sin efecto la decisión por medio de la cual resolvió no reponer el dictamen, a estas entidades se les brindó la posibilidad de controvertirlo dentro del proceso judicial que nos ocupa, contando con las garantías procesales para ello.

Nótese que en la audiencia calendada 27 de julio de 2021, el juzgado de conocimiento dispuso correr traslado del dictamen para que las convocadas a juicio ejercieran su derecho de contradicción conforme lo disponen los artículos 226 a 228 del C.G.P.¹ (Fls. 339-340), hasta el punto en que PORVENIR S.A., dentro del término de traslado allegó al proceso dictamen elaborado por SEGUROS ALFA (Fls. 343-346), en el que le otorgó al demandante una pérdida de capacidad laboral del 20.90% derivado de un riesgo común, pericia que la Juez A Quo no acogió al considerar que la misma no tuvo en cuenta las patologías de carácter mental padecidas por el actor de conformidad con la historia clínica, acogiendo entonces el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el que consideró prueba suficiente para acreditar la pérdida de capacidad laboral del actor y así acceder a la pensión de invalidez, conclusión que encuentra la Sala no es errada, pues como se advirtió el hecho de que el actor hubiera acudido a mutuo propio a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, sin adelantar el trámite administrativo para establecer el estado de invalidez, no hace inválido el dictamen, pues no era obligatorio agotarlo.

¹ “ Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito sólo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, sólo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

Parágrafo. En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito. 73 En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen”.

Finalmente, conviene advertirles a los apoderados de las entidades convocadas a juicio que si bien la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante auto de 20 de enero de 2020 (Fls. 329-331), indicó que “es necesario aclarar que las calificaciones de tipo particular no sirven de sustento para reclamaciones ante entidades de seguridad social por razón pensional o de indemnizaciones antes ARL”, ello comporta una conclusión propia de esa entidad que no resulta vinculante que es contraria a los precedentes jurisprudenciales aquí citados y que en manera alguna puede entenderse como lo pretenden los apoderados de las demandadas referente a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, le restó efectos jurídicos al dictamen proferido, máxime cuando la validez del mismo ya fue analizada.

Finalmente debe decirse que de conformidad con los artículos 51 del CPT y de la S.S y 164 del C.G.P., la decisión judicial debe fundarse en los medios de prueba establecidos en la ley, siempre y cuando hayan sido aportados al proceso dentro de las oportunidades pertinentes y sometidas a contradicción de la contraparte, garantías que se brindaron en el presente asunto, llegando a la conclusión que dando aplicación al principio de la libre apreciación de la prueba artículo 161 de CPT y de la S.S. el juez puede fundar su decisión en la prueba que una vez analizada bajos los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia resulte más convincente.

En cuanto al alegato de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA relacionado con que la póliza afectada debe ser la No 9201410004634, con vigencia comprendida entre el 1 de enero de 2010 y el 1 de enero de 2014, la Sala precisa que carece de competencia en segunda instancia al este ser este un punto nuevo que se trae a colación únicamente con ocasión de los alegatos de conclusión; no obstante, debe advertirse que el contrato de seguros previsional de invalidez y sobrevivientes resaltado por la llamada en garantía fue precisamente el considerado por la Juez A Quo en la sentencia objeto de apelación.

En conclusión, se confirmará la decisión de primera instancia, que validó el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, y reconoció la pensión de invalidez en favor del actor en la forma y cuantía que definió aspectos que no fueron controvertidos en esta instancia, al no prosperar los argumentos de las entidades apelantes.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P., se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA, por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$1.000.000, para cada una de las convocada, costas que serán liquidadas

de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), dentro de la Audiencia pública llevada a cabo el 11 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

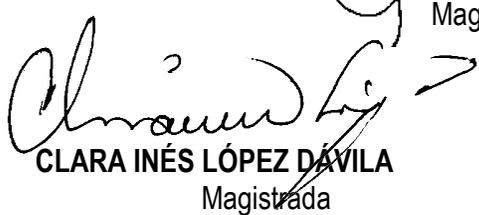
SEGUNO: COSTAS a cargo **PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA** en favor del demandante. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo mensual vigente, esto es, \$1.000.000, para cada una de las entidades demandadas, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 de C.G. del P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 259. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


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 – 2019 – 00141 - 01 (415)

ACTA No. 253

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **JAVIER EFRÉN ROJAS ESTRELLA** por intermedio de agente oficiosa **YINNETH KATHERINE ROJAS SUAREZ** en contra de **POSITIVA S.A., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NARIÑO** y la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se diriman las controversias suscitadas entre los dictámenes emanados de las Juntas de Calificación de Invalidez, a efecto de determinar si las patologías que le aquejan son de origen laboral o común; se ordene a POSITIVA S.A., asumir el tratamiento de rehabilitación respectivo y en caso de no lograrla, adelantar el trámite para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y el consecuente pago de la indemnización o pensión de invalidez, según corresponda.

Como fundamento de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que desde el 1° de enero de 2007 hasta el 11 de diciembre de 2015 se vinculó laboralmente con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Pasto, siendo afiliado en materia de riesgos laborales a Positiva S.A.; que el 31 de agosto de 2014, en ejercicio de sus funciones, esto es, atendiendo un incendio forestal en “La Loma” ubicado en el barrio El Común de la ciudad de Pasto, sufrió un accidente de trabajo cuando

debido a la irregular situación geográfica del sitio, se resbaló y cayó de espaldas, soportando el golpe de la caída en la extremidad superior derecha.

Aduce que el 4 de febrero de 2016, la galena tratante lo remitió a la ARL para seguimiento de accidente laboral por presentar *hombro derecho doloroso*; el 24 de agosto del mismo año, el especialista en ortopedia – traumatología, le diagnóstico *ruptura de manguito rotador del hombro derecho*; y, el 14 de septiembre de la referida anualidad, se le diagnosticaron *signos de tendinopatía o tendinosis del supraespinoso*, soportado en resonancia magnética.

Agrega que en repetidas oportunidades solicitó servicios médicos a las EPS SALUDCOOP, CAFESALUD y MEDIMÁS, quienes se negaron a brindarlos, aduciendo que a la fecha del accidente de trabajo se encontraba afiliado a Positiva S.A.

Respecto del trámite administrativo informa que mediante dictamen No. 1525403 del 29 de marzo de 2017, la administradora de riesgos laborales POSITIVA S.A. calificó sus patologías, así: contusión miembro superior derecho (mano, brazo y hombro) de origen laboral; tendinosis del tendón supraespinoso (no derivado AT), origen común; y, quistes subcondrales degenerativos en el troquiter (no derivado AT), origen común; es decir, se trata de una PCL de origen mixto. Ante la inconformidad presentada por el actor, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, mediante dictamen No. 98381979-2018 del 25 de mayo de 2018, calificó todas las patologías como de origen laboral derivadas del accidente de trabajo acaecido el 31 de agosto de 2014.

Finalmente, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 98381979-18291 del 18 de diciembre de 2018, confirmó lo dicho en la calificación de primera oportunidad realizada por POSITIVA S.A.; es decir, PCL de origen mixto.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a las demandadas, siendo contestada oportunamente a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., señala que no le constan los hechos relacionados con la vinculación laboral del demandante, pero acepta como ciertos aquellos que tienen que ver con el accidente de trabajo, la afiliación al Sistema

General de Riesgos Laborales, la calificación efectuada en primera oportunidad el 29 de marzo de 2017, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño el 25 de mayo de 2018 y, parcialmente cierto, el expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 18 de diciembre de 2018, pues aduce que se determinó contusión en hombro y brazo, originado en accidente de trabajo y otras lesiones del hombro no derivadas de éste. Manifestó, respecto de las pretensiones, que no prosperan porque el único argumento traído a juicio por la parte actora es la disparidad de argumentos contenidos en las diferentes calificaciones efectuadas por los entes respectivos. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó *“carencia de fundamento legal, técnico, médico y científico, para desvirtuar el dictamen”*, *“inexistencia de la obligación a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A”*, *“legalidad de la decisión: competencia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez”*, entre otras.

Por su parte, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NARIÑO, señaló que no le constan los hechos relacionados con la relación laboral del actor y en cuanto a los trámites de calificación de origen de las patologías, aduce que el 25 de mayo de 2018 emitió el dictamen solicitado por la ARL POSITIVA, en el que resolvió: secuelas de contusión de hombro – lesión de supraespinoso, derivado de accidente de trabajo y frente a los recursos interpuestos en tiempo, emitió respuesta el 29 de junio de 2019, decidiendo no reponer el dictamen y concediendo, en su lugar, el recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el que finalmente confirmó lo dicho en primera oportunidad por POSITIVA S.A. Solicitó, por tanto, desestimar las pretensiones toda vez que en el proceso de calificación se respetó el debido proceso y se cumplieron las etapas definidas en el Decreto 1072 de 2015. Con base en ello formuló los medios exceptivos que denominó *“innominada”*, *“ineficacia de la pretensión por no estar ajustada a derecho”*, *“culpa exclusiva del demandante”*, *“procedimiento indebido para solicitar la nulidad del dictamen”* y *“actuación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez conforme al decreto 1072 de 2015”*.

Finalmente, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en ejercicio de su derecho, señaló que la decisión contenida en el dictamen No. 98381979-18291 del 18 de diciembre de 2018, se soporta en el acervo probatorio aportado al proceso de calificación, la historia clínica del demandante y la valoración médica practicada al paciente en las instalaciones de la Junta Nacional, guardando consonancia con las disposiciones técnicas y legales de la calificación del origen de las patologías, de

conformidad con los lineamientos del Decreto 1352 de 2013 y la Ley 1562 de 2012. En tales raciocinios fundamentó las excepciones de mérito que denominó “*legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: competencia como calificador de segunda instancia*”, “*improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor*”, “*inexistencia de la obligación: improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez – competencia del Juez laboral*”, “*buena fe de la parte demandada*”, entre otras.

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 25 de agosto de 2021, declaró probadas las excepciones de fondo denominadas carencia de fundamento legal, técnico, médico y científico para desvirtuar el dictamen, propuesta por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., actuación de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ conforme al Decreto 1072 de 2015, propuesta por esta demandada; y legalidad de la calificación expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: competencia, como calificadora de segunda instancia. En consecuencia, absolvió a las llamadas a juicio de todas y cada una de las pretensiones formuladas por activa, sin imponer condena en costas al actor por ser beneficiario de amparo de pobreza.

Para asumir tal determinación, la jueza de conocimiento, luego de analizar el material probatorio arrojado al dossier, concluyó que la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cuenta con presunción de validez por cuanto se siguió el procedimiento descrito para tal fin, de manera que la carga de la prueba era de resorte del demandante si su interés era desvirtuar la aludida presunción, sin que ello ocurriera, porque no se aportó prueba idónea para tal fin y los criterios personales expuestos por el apoderado judicial del actor, el dicho de los testigos llevados a juicio y del propio demandante, no resultan suficientes para sacar adelante sus pretensiones. Respecto del pago de incapacidades, señaló que no se aportaron las que deban asumirse por parte de la ARL; del tratamiento de rehabilitación adujo que POSITIVA ARL acreditó la prestación de los servicios médicos derivados del accidente de trabajo; y, finalmente, en cuanto a la calificación del porcentaje de PCL para acceder a una medida indemnizatoria o a la pensión de invalidez, señaló que no existe concepto técnico que permita determinar

si el proceso de rehabilitación ya culminó o no, de manera que antes de acudir a la vía judicial, el actor debe comparecer a la entidad responsable, esto es, su ARL y solicitar la calificación para determinar las medidas a las que tiene derecho.

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 sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses y no fue apelada, 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 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, según constancia secretarial del 5 de noviembre de 2021, se recibió -vía electrónica- la intervención del apoderado de la demandada Positiva Compañía de Seguros S.A., quien, en suma, pretende que la decisión adoptada en primer grado se confirme.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo anterior, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El material probatorio arrojado al proceso resulta suficiente para desvirtuar la legalidad del dictamen de calificación de origen de las patologías emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 18 de diciembre de 2018, bajo el radicado No. 98381979-18291?; ii) ¿Hay lugar a ordenar el tratamiento de rehabilitación del actor a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A.? iii) En caso de no existir recuperación del paciente, ¿es posible ordenar a Positiva Compañía de Seguros S.A. que gestione la calificación de la PCL del demandante para que acceda a indemnización o pensión de invalidez, según corresponda?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a resolver los nudos planteamientos, la Sala abordará su estudio de la siguiente manera:

i) ORIGEN DE LAS PATOLOGÍAS PADECIDAS POR EL ACCIONANTE

Frente a este punto, solicita el actor en su escrito inicial, se determine el origen laboral o común de las patologías que le aquejan, toda vez que la calificación de primera oportunidad realizada por Positiva Compañía de Seguros S.A. y los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, contienen argumentos contradictorios.

Al respecto, recuerda la Sala que, en efecto, el contenido de los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez puede controvertirse no solo en sede administrativa sino ante el juez ordinario, de conformidad con el inciso 2º del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

“(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”. Subrayas propias.

Por otra parte, ha sido reiterada y pacífica la postura del Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en sentencia SL2349-2021, radicado No. 83859 Magistrado Ponente Dr. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, señalando, frente a la posibilidad de controvertir los dictámenes emitidos por las juntas regionales o nacional, lo que sigue:

Ahora, la Sala ha establecido que los dictámenes que profirieran las juntas de calificación de invalidez regionales o nacional pueden controvertirse ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas (CSJ SL 29622, 19 oct. 2006 y CSJ SL5280-2018). Precisamente, en la primera sentencia referida la Corporación explicó:

Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el

Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables (...)

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...)

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.

Sentado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, encuentra el Juez Plural que, en efecto, el actor se encontraba vinculado al Cuerpo Voluntario de Bomberos de Pasto, de conformidad con el contrato obrante a folios 67 y 68 y que el 31 de agosto de 2014, en cumplimiento de sus funciones, sufrió un accidente de trabajo como se desprende de la calificación de primera oportunidad realizada por Positiva Compañía de Seguros S.A., en el que se lee: “EL DÍA 31 DE AGOSTO A LAS 12:15 HRS SE PRESENTÓ UN INCENDIO FORESTAL EN EL SECTOR DE LA LOMA DEL BARRIO EL COMÚN, AL LLEGAR AL SITIO EL SEÑOR JAVIER ROJAS SE DISPUSO A EVALUAR LA SITUACIÓN, YA QUE ERA UN TERRENO IRREGULAR POR PENDIENTE, EN EL MOMENTO DE REALIZAR LAS LABORES DE LIQUIDACIÓN SE RESBALA”.

De este primer concepto y de los dictámenes emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, se extrae:

- a. Del formulario de dictamen para determinación de origen del accidente, de la enfermedad y la muerte, emitido por Positiva Compañía de Seguros S.A. (folios 70 – 75) se anotó el origen profesional de la “CONTUSIÓN MIEMBRO SUPERIOR DERECHO (MANO, BRAZO Y HOMBRO)” y el origen común de la “TENDINOSIS EN EL TENDÓN DEL SUPRAESPINOZO (NO DERIVADO DEL AT)” y los “QUISTES SUBCONDRALES DEGENERATIVOS EN EL TROQUITER (NO DERIVADO AT)”, argumentado para la determinación del origen común de los referidos

diagnósticos, que “EL MECANISMO DE TRAUMA NO ES SUFICIENTE PARA PRODUCIR ESTE TIPO DE LESIÓN Y EN REPORTE DE LA RMN NO SE EVIDENCIA LESION (sic) AGUDA SINO CRONICA (sic) POR TRAUMA ACUMULATIVO (SOBRECARGA Y EL DESEQUILIBRO MUSCULAR) DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVIDAD CITADA EN LA LEY 1562 DE 2012”.

- b. A folios 78 – 81 se encuentra el dictamen No. 98381979-2018 del 25 de mayo de 2018, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño en las que se estimaron las “SECUELAS DE CONTUSION (sic) DE HOMBRO DERECHO” y la “LESION (dic) DE SUPRAESPINOSO”, derivadas de “ACCIDENTE DE TRABAJO” con fecha de estructuración 31 de agosto de 2014.
- c. Y a folios 83-89, reposa el dictamen No. 98381979-18291 del 18 de diciembre de 2018, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que dictamina “contusión del miembro superior derecho (mano, brazo y hombro) como secuela del accidente de trabajo del 31/08/2014, y otras patologías del hombro derecho descritas en la resonancia magnética (entre otras, lesión del supraespinoso: tendinopatía o tendinosis en el tendón del supraespinoso con una pequeña ruptura parcial y quistes subcondrales degenerativos en el troquiter) como no secuela de accidente de trabajo”, argumentando para ello que los “(...) hallazgos de acuerdo a lo descrito en la literatura médica son consecuencia de múltiples factores y que por historia natural de la enfermedad, se producen por evolución en el mediano y largo plazo y no son generadas de manera inmediata como consecuencia de un trauma agudo como el descrito (mecanismo trauma insuficiente) aunado al hecho de consultar dos años después”.

Leído lo anterior, encuentra esta Sala que el trámite de calificación de origen llevado a cabo en el presente asunto, se hizo con apego a las normas vigentes al momento de la ocurrencia del accidente de trabajo, esto es, la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1507 de 2014, además, el organismo experto en la materia y calificador legal en segunda instancia, de conformidad con el Decreto 1352 de 2013, es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien en dicha instancia coincidió con el criterio de Positiva Compañía de Seguros S.A., en tanto y cuanto señala que únicamente la contusión del miembro superior derecho se derivó del accidente de trabajo acaecido el 31 de agosto de 2014 y las demás patologías de la misma extremidad corresponden a un origen común.

Ahora, si la intención del actor era controvertir el dictamen emitido por esta entidad, entendiendo que tales conceptos no son definitivos e inmutables, sino que se trata de pruebas que bien pueden rebatirse¹, debió concentrar su esfuerzo probatorio en aportar elementos con criterios científicos, técnicos o médicos que le permitan al operador judicial estructurar una decisión favorable a sus intereses. Pero ello no ocurrió, pues contrario a lo esperado en esta clase de contiendas, el promotor de la Litis únicamente aportó el testimonio de su hermana, Sra. MARCELA XIMENA ROJAS YANDAS quien, por no contar con la instrucción profesional, se limitó a narrar sus propias apreciaciones.

De esta manera, para la Sala es claro que el convocante a juicio incumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del C.G. del P, aplicable en esta materia procesal por remisión del artículo 145 del C.P.L. y S.S. y, por tanto, las excepciones de mérito declaradas en primera instancia a favor de las demandadas, que confluyen en una decisión absolutoria en este aspecto, serán confirmadas.

ii) TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN E INICIO DE LOS TRÁMITES DE CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL A CARGO DE POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Frente al tratamiento de rehabilitación solicitado por activa, debe señalarse que, de conformidad con el material probatorio aportado al plenario, la demandada POSITIVA S.A. garantizó en su momento la prestación de los servicios médicos requeridos con ocasión del accidente de trabajo. En efecto, apréciase al respecto la historia de urgencias obrante a folios 38-40 del expediente digital, pues las restantes atenciones existentes entre los años 2016 y 2018 (folios 98 a 105), si bien se derivan de diagnósticos relacionados con la extremidad superior derecha, lo cierto es que tal como se definió por las autoridades competentes, no son de origen laboral y mal podría ordenarse el tratamiento solicitado a cargo de Positiva S.A. como Administradora de Riesgos Laborales, pues tal como se determinó en primer grado, tampoco podría darse la orden a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliado el demandante, toda vez que no fue vinculada al presente proceso.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL697-2019 "(...) los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria".

Igual suerte sigue la orden de iniciar el trámite de PCL solicitado por el gestor de la presente Litis, pues como se anticipó, el sub examine gira en torno a determinar si el origen de las patologías que afligen al Sr. ROJAS ESTRELLA se deriva del accidente de trabajo sufrido el 31 de agosto de 2014 y ello, como antes se explicó, ya fue decantado por las autoridades administrativas y avalado por la justicia ordinaria laboral. Bajo tal orientación, mal haría esta Sala de Decisión en imponer a cargo de la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la obligación de emitir un concepto de rehabilitación, en cualquier sentido y asumir el trámite de calificación de la PCL, entre otras cosas, porque se involucra la responsabilidad de la administradora del sistema de seguridad en salud frente a las enfermedades de origen común, misma que como ya se advirtió, no fue llamada a juicio y frente a quien no es posible imponer condena, sin que se afecten sus derechos de contradicción y defensa.

En suma, ningún reproche o reparo encuentra esta Sala de Decisión frente a la decisión que se adoptó en primera instancia y por lo mismo será confirmada.

iii) EXCEPCIONES

Conforme se desatan los aspectos torales de la presente Litis, la Sala encuentra probadas y por tanto bien declaradas por la jueza cognoscente, las excepciones de fondo propuestas por las demandadas Positiva Compañía de Seguros S.A., Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño y Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que respectivamente denominaron: “CARENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL, TÉCNICO, MÉDICO Y CIENTÍFICO PARA DESVIRTUAR EL DICTAMEN”, “ACTUACIÓN DE LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ CONFORME AL DECRETO 1072 DE 2015” y “LEGALIDAD DE LA CALIFICACIÓN EXPEDIDA POR LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ”.

De conformidad con lo previsto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y teniendo en cuenta que la decisión se revisa en el grado jurisdiccional de consulta, no se impondrán costas en esta instancia, por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

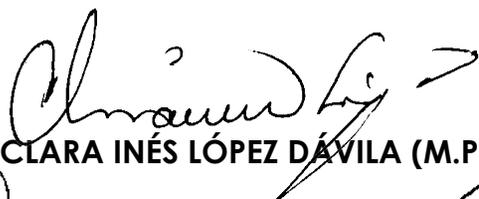
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante JAVIER EFRÉN ROJAS ESTRELLA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN LUGAR A CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo señalado en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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 (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2019-00157-01(404)

ACTA No. 250

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **CARLOS CADENA AZA** en contra de la **I.P.S MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo originado en el marco de la primacía de la realidad sobre las formas con la I.P.S MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E., desempeñándose como trabajador oficial desde el 1º de octubre de 2014 hasta el 30 de agosto de 2016, en el cargo de celador y/o vigilante, realizando actividades de cuidado, custodia de los bienes y objetos de la entidad contratante y mantenimiento de obra pública en el área administrativa de la demandada y en los puestos de salud satélites de la red, como el centro de salud Loma de Zuras del corregimiento de San Juan, jurisdicción del municipio de Ipiales. En consecuencia, solicita condenar a la llamada a juicio a pagar los derechos laborales e indemnizaciones enlistadas en el libelo genitor, los que resulten probados de manera ultra y extra petita y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones expuso, en síntesis, que prestó sus servicios personales desde el 1º de octubre de 2014, al servicio de la I.P.S. MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E., sin solución de continuidad; que el cargo de vigilante lo desempeño en el CENTRO DE SALUD LOMA DE ZURAS, corregimiento de San Juan, jurisdicción del municipio de Ipiales

de manera subordinada y siempre atendiendo órdenes e instrucciones de los directivos y ejecutivos de la E.S.E. convocada, en especial del Sr. HERNÁN SARCHI, secretario de Recursos Físicos, desarrollando funciones de cuidado y custodia de los bienes públicos así como el aseo del centro de salud y del tanque de abastecimiento una vez al mes, entre otras.

Expone que suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios, cumplió un horario de trabajo de lunes a domingo incluyendo los festivos, de 7 a.m. a 7:00 p.m. y disponibilidad de 24 horas; percibió a cambio una remuneración equivalente al salario mínimo para cada año, suma diferente a la fijada en los contratos; y que el 30 de agosto de 2016, terminó su vinculación por decisión de la entidad empleadora sin proferir acto administrativo ni firmar acta de entrega.

Manifiesta igualmente que los derechos pretendidos con la presente acción no fueron reconocidos por la entidad traída a juicio, tal como se plasmó en la respuesta de la reclamación administrativa del 20 de mayo de 2019.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a la IPS y al Ministerio Público, siendo contestada oportunamente, a través de apoderado judicial, para oponerse a todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de su representada tras considerar que el accionante no laboró para la entidad. Expone que prestó sus servicios en virtud de varios contratos de prestación de servicios, no sucesivos, de carácter civil y con obligaciones contractuales previamente pactadas, sin que desempeñara ningún cargo ni su vinculación se realizara de forma legal y reglamentaria. Arguye que estos contratos se soportaron en la Ley 80 de 1993, desprovistos de órdenes y sin ningún viso de subordinación. En lo anterior fundamenta varias excepciones de mérito, como medios de defensa, que denominó: "*inexistencia de relación laboral*", "*prescripción extintiva del derecho*", "*buena fe*", entre otras.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de IpiALES (N), mediante decisión de 25 de agosto de 2021, declaró que en el marco de la primacía de la realidad sobre las formas, entre el Sr. CARLOS CADENA AZA, en calidad de trabajador oficial y la IPS MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E. existió un contrato de trabajo a

término indefinido, entre el 1º de octubre de 2014 y el 30 de agosto de 2016, que terminó de manera unilateral y sin justa causa por la demandada. Adicionalmente declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, para luego condenar a la entidad a pagar prestaciones sociales y otros derechos laborales a favor del accionante, junto con la moratoria y las costas procesales.

Para arribar a tal determinación, la jueza cognoscente encontró demostrados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo y la condición de trabajador oficial del promotor de la Litis, aludiendo, frente a la prestación personal del servicio, que se acredita con los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y se corrobora con las versiones rendidas por los testigos, Sras. RUTH GRACIELA NANDAR y AMANDA LUCIA CASTRO CAICEDO, quienes fueron coincidentes en ratificar este requisito contractual y los actos subordinantes de la relación, contando con credibilidad por cuanto se desempeñaron como trabajadoras en el centro de salud Loma de Zuras, en donde el demandante, igualmente, prestó sus servicios. En lo concerniente a la remuneración por el servicio prestado, sostienen, al unísono, que por las actividades que cumplió el accionante en su condición de vigilante, recibía una remuneración equivalente a 1 SMLMV, tal como fue expresado en el escrito de demanda.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión adoptada por la falladora de primera instancia, la parte accionada, a través de su apoderada judicial, interpuso recurso de apelación en procura de su revocatoria total y la desestimación de las condenas impuestas, sustentada en las siguientes razones:

Que no se encuentra probada la subordinación ejercida por la IPS Municipal de Ipiales sobre el Sr. CARLOS CADENA AZA, lo que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, pues el demandante debió acreditar en forma incontrovertible dicho elemento, así como la dependencia y el hecho de que desplegó actividades como trabajador oficial; no obstante, en el particular, aún después de escuchados los testimonios y el interrogatorio de parte, quedan dudas sobre ello, siendo que la IPS Municipal de Ipiales en su condición de contratista ejerció únicamente actividades de coordinación y vigilancia sobre la ejecución misma del contrato, sin que las órdenes o instrucciones dadas fueran permanentes, diarias, ni constantes.

Agrega que no está probado que el contratista desempeñara sus funciones en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, como trabajador oficial, toda vez que no existía personal de planta para cubrir dichos servicios.

Por lo anterior, concluye, que no se encuentra probado en el proceso la existencia de una relación laboral, pues la indicación de un horario e instrucciones impartidas, por sí solas no configuran el elemento de la subordinación, siendo necesario el estudio en un contexto en particular para determinar si dichas circunstancias actúan en la prestación del servicio como un elemento subordinante o como una coordinación propia del ejercicio de vigilancia y control, que se debe ejercer en los contratos de prestación de servicios.

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 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.

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 recibió -vía electrónica- la intervención del Señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, conforme da cuenta la constancia secretarial del 10 de noviembre de 2021, quien solicita confirmar la decisión de primera instancia por no existir discusión respecto de la prestación personal del servicio por parte del demandante en actividades propias de un trabajador oficial, desempeñándose, principalmente, como vigilante y esporádicamente cumpliendo actividades de mantenimiento a un tanque de almacenamiento y jardinería y tales actividades se demuestran con los contratos de prestación de servicios arrimados al proceso, sus actas de liquidación, la contestación de la demanda, los testimonios y declaración de parte rendidos en audiencia.

Agrega que la demandada no desvirtuó la presunción de subordinación que pesa en su contra, ni aportó prueba alguna para ello; por el contrario, los testigos traídos por la

parte demandante dan cuenta de la existencia de este elemento y no de una simple coordinación, como aduce la entidad.

Expone, finalmente, que existe aceptación de que la actividad realizada fue remunerada y, por lo tanto, resulta acertada la valoración probatoria realizada en primera instancia respecto de la existencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral y la consecuente aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

CONSIDERACIONES

En este orden, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se demostró en el sub examine, la condición de trabajador oficial y los elementos estructurantes de un contrato de trabajo, de naturaleza indefinida, que le permitió a la jueza de primera instancia declarar su existencia entre la E.S.E. demandada y el demandante; o, por el contrario, se trata de verdaderos contratos de prestación de servicios, celebrados en el marco de la buena fe, desprovistos del elemento subordinación y que operó bajo la coordinación y supervisión de la demandada, como lo alude la alzada? y ii) ¿Hay lugar a desestimar las condenas impuestas a cargo de la entidad hospitalaria traída a juicio?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Para resolver tales planteamientos es preciso advertir, anticipadamente, que en el desarrollo de la primera instancia se estableció, con base en la prueba testimonial y documental arrojada por la parte demandante y demandada, incluso con la propia aceptación de la llamada a juicio al contestar el escrito inaugural, que con el promotor del litigio se celebraron varios contratos de prestación de servicios en virtud de los cuales se desempeñó en el área de seguridad, cuidando los recursos de la entidad contratante físicos, técnicos y económicos de la I.P.S. MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E., percibiendo a cambio una contraprestación que la alzada denomina honorarios (fls. 54 - 62).

Esclarecido lo anterior se abordará el estudio de los siguientes temas:

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y CONDICIÓN DE TRABAJADOR OFICIAL

Para desarrollar este primer aspecto, se tiene que la naturaleza jurídica de la entidad demandada es la de una Empresa Social del Estado del Orden Municipal, constituida

en virtud del acuerdo emanado del Concejo Municipal No. 032 de 2006, como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, por lo que es imperativo seguir -en materia del personal que se vincule a su servicio- lo dispuesto en el cap. IV de la ley 10 de 1990; es decir, empleados públicos, ligados a través de una situación legal y reglamentaria, como regla general y como excepción trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales (parágrafo, art. 26 ibidem).

El tema es desarrollado en igual sentido por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y de manera clara y precisa por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco, Radicación 36668 del 29 de junio de 2011, replicado en múltiples ocasiones por Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, puntualmente en la sentencia SL1334-2018, Rad. 63727, con ponencia de la MG. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En esa oportunidad, la Alta Corporación así se pronunció:

“Por vía de excepción –que comporta una exégesis restrictiva, alejada de la analogía y distante de la extensión, a efectos de que la salvedad no devenga en principio general, que, sin duda, terminaría por distorsionar el prístino y correcto sentido de la norma-, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediabilmente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general (...).

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. N°. 36668, respecto al mismo tema señaló: El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de

actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:

“...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran”.

Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó: “...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos”.
(subrayado fuera de texto)

Así las cosas, la condición jurídica de quien se vincula laboralmente al servicio de una Empresa Social del Estado, no obedece a la voluntad de las partes sino a la naturaleza de la entidad a la cual se presta el servicio, imperando, en consecuencia, el criterio orgánico y funcional.

En este orden, como lo ha expuesto este Cuerpo Colegiado, retomando lo dicho por Nuestra Autoridad Jurisdiccional en materia laboral desde la sentencia de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968, aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un "contrato de trabajo", este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico; *contrario sensu*, si un trabajador oficial es vinculado por un acto legal y reglamentario su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Es por lo expuesto que en eventos como los que ahora ocupan la atención de esta Sala de Decisión, le corresponde al operador judicial escudriñar y apreciar las pruebas en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, con mayor rigor cuando se invoca el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, ya que acreditada primigeniamente la naturaleza de la entidad convocada a juicio en calidad

de empleadora y las funciones desarrolladas a su servicio por la parte demandante, que lo ponen en función de trabajador o trabajadora oficial, como es el caso que ahora se estudia, seguidamente corresponde demostrar los elementos que enmarcan el contrato de trabajo, mismos que la parte convocada a juicio riñe como no acreditados.

2. ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL CONTRATO DE TRABAJO PARA LOS TRABAJADORES OFICIALES – CASO CONCRETO

Puestos en la tarea de desatar las inconformidades planteadas por pasiva, se tiene 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 convocada, aquellos en los cuales estructuran su defensa. En este orden, le corresponde al accionante, siguiendo los preceptos del Decreto 2127 de 1945, en sus artículo 1º y 2º, luego de demostrar la condición de trabajador oficial, que prestó personalmente el servicio en favor de quien convocó a la presente causa litigiosa como empleador, que su labor tenía el carácter de subordinado y que percibía a cambio una remuneración, aun cuando conforme al art. 20 de la norma en cita, como un alivio a su carga demostrativa, le bastará probar el primer elemento, esto es, la prestación personal del servicio, para que por ley se presuma su existencia y al empleador, si su anhelo es exonerarse de toda responsabilidad, desvirtuar el hecho presumido acreditando que el servicio se caracterizó por su autonomía e independencia.

Y lo que ocurre en la presente causa litigiosa es que la prestación personal del servicio no es materia de debate por tratarse de un hecho aceptado, como antes se indicó, incluso desde la contestación de la demanda y se confirma, sin dubitación alguna, con los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la IPS convocada a juicio, así como con las testigos traídas al proceso por actividad de la parte demandante, Sras. RUTH GRACIELA NANDAR y AMANDA LUCÍA CASTRO CAICEDO, quienes al unísono manifestaron que el actor desempeñó sus funciones, principalmente, como vigilante del centro de salud Lomas de Zura, adscrito a la IPS Municipal de Ipiales y, de manera ocasional, en los servicios de jardinería y mantenimiento del tanque de almacenamiento de la entidad.

Demostrada la prestación del servicio del actor a favor de la demandada, es procedente aplicar la presunción referida e invertir la carga de la prueba, encontrando al respecto que, contrario a lo señalado por quien representa los intereses de la IPS

demandada, esto es, que en su condición de contratista ejerció únicamente actividades de coordinación y vigilancia sobre la ejecución el contrato, sin que las órdenes o instrucciones dadas fueran permanentes, diarias, ni constantes, lo cierto es que de los testimonios rendidos por las señoras CASTRO CAICEDO y NANDAR, quienes fueron compañeras de trabajo en el centro de salud Lomas de Zuras, se extrae que las funciones a ejercer le eran asignadas en las capacitaciones que desarrollaba la entidad y diariamente a través de llamadas telefónicas que las testigos presenciaban, toda vez que el teléfono utilizado para este fin se encontraba en un lugar donde todos podían escuchar. Adicionalmente señalaron que, en su calidad de vigilante, el actor llevaba una minuta en la que consignaba diariamente el ingreso de los trabajadores, así como las novedades presentadas, misma que a diario debía entregar a su jefe inmediato, el Sr. Hernán Sarchi, quien entre otras cosas no permitía la prestación del servicio por parte de alguien diferente al actor, pues ello conllevaría a un despido del cargo.

Por su parte, la Sra. RUTH NANDAR, quien se desempeñó en el área de servicios generales, manifestó que el señor Hernán Sarchi, en su calidad de jefe de Recursos Físicos de la demandada, en repetidas ocasiones la reunía con el demandante para hacerles llamados de atención en cuanto al cumplimiento de horarios y funciones, indicándoles las actividades a desarrollar a diario, bien sea a través de llamadas telefónicas o personalmente cuando acudía al centro de salud, al menos 2 veces por semana.

Lo anterior permite concluir, sin asomo de duda, que las funciones prestadas por el demandante como vigilante y eventualmente en otras labores de mantenimiento, estaban direccionadas por un superior inmediato, de manera que no actuaba con autonomía ni independencia en el desarrollo de su objeto contractual, configurando con ello el contrato realidad decretado por la directora judicial de primer grado, en el marco del artículo 53 de la C.N.

Respecto del salario y los extremos temporales, entiende esta Sala de Decisión, al igual que la jueza y el Ministerio Público, que fueron aceptados por la demandada con la contestación del escrito inicial y corroborados, entre otros, con las respectivas actas de liquidación obrantes en el plenario.

Tales circunstancias permiten concluir que la vinculación existente entre el demandante CARLOS CADENA AZA y la I.P.S MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E., en el marco de la primacía

de la realidad sobre las formas, se rigió por un contrato de trabajo conforme lo dispone el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, por acreditar de manera efectiva que las labores ejecutadas a favor de la entidad traída a juicio son las propias de un trabajador oficial, bajo los extremos temporales definidos por la Jueza de conocimiento, esto es, entre el 1º de octubre de 2014 y el 30 de agosto de 2016, sin solución de continuidad.

Es por lo expuesto que los argumentos que cimientan el recurso de apelación propuesto por pasiva no alcanzan prosperidad, porque en todo caso, las figuras que deliberadamente se utilicen para desnaturalizar las verdaderas relaciones de trabajo subordinado pierden fuerza demostrativa cuando se confrontan con la realidad que orientó tal vínculo; pero además, la carencia de personal de nómina para ejercer funciones propias y permanentes de la institución, tampoco valida que la demandada utilice el contrato de prestación de servicios para suplirlo, porque con ello se afectan los derechos mínimos de los trabajadores.

Queda, de esta manera, atendido el único punto de reproche formulado por pasiva, advirtiéndole que las condenas no generaron inconformidad y, por lo mismo, no serán revisadas. En la forma como se desata el recurso de alzada, las costas en esta instancia estarán a cargo de la demandada y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, \$ 1.000.000, 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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE IPIALES (N), objeto de apelación por la parte demandada, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la entidad demandada IPS MUNICIPAL DE IPIALES E.S.E. y a favor del convocante a juicio, fijando las agencias en

derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, \$1.000.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00163- 01(465)

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **HUGO BONILLA ORTEGA** contra **LUIS CARLOS PAREDES, MARTHA LUCIA SANCHEZ y GLADYS YOLANDA CABEZAS VILLACRES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

HUGO BONILLA ORTEGA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de **LUIS CARLOS PAREDES PAREDES, MARTHA LUCIA SANCHEZ CABEZAS y GLADYS YOLANDA CABEZAS VILLACRES**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare la existencia de un contrato realidad desde el 1º de noviembre de 2006 al 31 de octubre de 2018. Como consecuencia de ello se condene al demandado a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que se vinculó mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido con los demandados para desempeñarse como cuidador de una casa finca ubicada en la Vereda Pilcuan Viejo, Imués - Nariño. Que las actividades las llevó a cabo recibiendo órdenes de los demandados, referentes al cuidado y mantenimiento de la propiedad. Que el horario cumplido por el demandante fue de 8:00 a.m. a 12: 00 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. de lunes a domingo, inclusive debía estar pendiente de la seguridad en horas de la noche. Que devengó como salario las sumas descritas en el hecho 12 de la demanda. Que en vigencia de la relación laboral no le cancelaron las

acreencias laborales que le correspondían. Que el 31 de octubre de 2018 fue terminado su contrato de trabajo por parte de inquilinos que ocuparon la casa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Ipiales, mediante auto calendarado del 25 de julio de 2019 admitió la demanda y ordenó su notificación a los accionados, actuación que se surtió en legal forma (Fls. 21-22).

Trabada la litis las demandadas GLADYS YOLANDA CABEZAS y MARTHA LUCÍA SANCHEZ CABEZAS, a través de apoderado judicial contestaron la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, pues manifestaron que no existió vínculo de naturaleza laboral, en tanto, acordaron con el demandante la limpieza de la piscina de un inmueble ubicado en el sector de Pilcuan Municipio de Imués, bajo condiciones que no conformaron nexo de trabajo. En su defensa propusieron como excepciones las de “AUSENCIA DE VÍNCULO CONTRACTUAL LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y LAS DEMANDADAS”, “AUSENCIA DE VERACIDAD EN LOS HECHOS DE LA DEMANDA”, “PRESCRIPCIÓN” y la “INNOMINADA” (Fls. 32-42).

Por su parte el demandado LUIS CARLOS PAREDES PAREDES, de igual forma contestó la demanda a través de apoderado judicial, en la que se opuso a las pretensiones incoadas por el actor, pues precisó que no es esposo de la Sr. Martha Lucía Sánchez, por el contrario, lo que existe entre ellos es un vínculo contractual de dependencia en la empresa Trans Andes de Ipiales. Propuso como excepciones las de “INEXISTENCIA ABSOLUTA DE UN VÍNCULO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL SEÑOR LUIS CARLOS PAREDES PAREDES” y “LA INNOMINADA” (Fls. 64-70).

El Juzgado de conocimiento se constituyó en audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS. el 8 de octubre de 2021, etapa procesal en la que declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Acto seguido el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, llevó a cabo la audiencia de juzgamiento y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró probada la excepción de “INEXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y LOS DEMANDADOS”, formulada por los demandados a quienes absolvió de las pretensiones incoadas por el actor. Condenó en costas al demandante.

La Juez A Quo, para arribar a la anterior conclusión, manifestó que de la prueba recaudada se demostró que el actor prestó servicios en favor de las demandadas GLADYS YOLANDA CABEZAS y MARTHA LUCIA SANCHEZ CABEZAS; no obstante, concluyó que estos fueron desarrollados de manera autónoma e independiente, lo que implicó la absolución de las demandadas y del Sr. LUIS

CARLOS PAREDES PAREDES, quien aseguró la Juez A Quo, se acreditó no tiene relación con las propietarias del inmueble.

II. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan a continuación

El Procurador 34 Judicial II Para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, solicitó se confirme la decisión de la primera instancia, al advertir que de la prueba recaudada no se probó la continuada dependencia y subordinación del demandante respecto de los demandados. Además, indicó que tampoco se probó el pago de salario como retribución directa ni se confirmaron los extremos temporales pretendidos, por ello, concluyó que no existió el contrato de trabajo alegado por no darse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del C.S.T.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del demandante, le corresponde a esta Sala de Decisión establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2006 al 31 de octubre de 2018. En caso afirmativo determinar la procedencia de las condenas.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO.

Esta corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C. G. del P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es deber de quien acciona el aparato judicial, allegar al proceso todos los medios acreditativos que respalden sus súplicas, siendo aplicable para tal efecto el contenido del artículo 54 del C.S. del T. que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 *ibidem*, por cuanto “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

En cuanto a este elemento contractual esencial, en el *sub lite* se tiene que, las accionadas GLADYS YOLANDA CABEZAS VILLAGRÉS y MARTHA LUCÍA SANCHÉZ CABEZAS, al dar contestación al libelo introductorio manifestaron que acordaron con el demandante la limpieza de la piscina de un inmueble ubicado en el sector de Pilcuan del Municipio de Imues, bajo condiciones que no conformaron nexo de trabajo.

Para demostrar la prestación personal en la forma alegada en la demanda se escucharon por solicitud del demandante los testimonios rendidos por los Sres. Marino Jesús Chicaiza Eraso y Luis Henry Titistar, el primero de los referidos manifestó que conoce al actor desde cuando el testigo era un niño, debido a que fueron vecinos hasta el momento en que fue necesaria su reubicación. En cuanto a los demandados aseguró que no los conoce. Con relación a los hechos que nos ocupa, informó que el actor permanecía en la casa ubicada junto a la de él en las mañanas y en las noches, y que cuando le preguntaba que hacía allí este le manifestaba “*haciendo el mantenimiento de la vivienda para recibir a los dueños*”. Informó que los momentos en que veía al actor limpiando las ventanas, sacando la basura, usando las mangueras y barriendo el inmueble, era cuando salía a laborar a las 6:00 a.m., a medio día y cuando regresaba a su casa a las 7:00 p.m., precisando que los domingos el actor solía realizar actividades para los dueños del inmueble; no obstante, aclara que estos últimos no visitaban seguido la casa. Aseguró que, no recuerda desde cuando el actor realizó las actividades mencionadas, pues sostiene que al menos del año 2018 doce o 13 años hacia atrás. Adujo que no tiene conocimiento cuanto le cancelaban al actor por las labores ejecutadas y que no presencié si los dueños le impartían órdenes al demandante. Finalmente, expuso que el Sr. Hugo Bonilla Ortega, realizaba actividades de

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “*En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

construcción de manera esporádica y que su sustento también provenía de un huerto y una tienda que se encontraba en el sector.

Por su parte, el testigo Luis Henry Titistar aseguró que no conoce a los demandados, pero que el actor le comentó que trabajó para los dueños de la casa ubicada enseguida de la suya, lugar donde el testigo asegura miró al actor barriendo o trapeando, al menos los días en que transitaba por allí, esto es, los lunes, jueves y domingo aproximadamente a las 6 o 7:00 a.m. y a las 3:00 o 4:00 p.m. Comentó el testigo que el demandante también se dedica a la construcción, pero que este le manifestó que estaba solo dedicado al cuidado de la casa referida.

Por su parte, los testigos citados por los demandadas, LUZ EDILMA OBANDO, CARLOS ORTEGA GARCÍA, ROCÍO HERNÁNDEZ, JORGE HERNANDO SÁNCHEZ LÓPEZ, al unísono manifestaron que el demandante era la persona encargada de realizar el mantenimiento de la piscina del inmueble ubicado en Pilcuán, pues la primera de las testigos referidas indicó que en principio era su hijo quien en los años 2009 al 2010 llevaba a cabo esa actividad, la que asegura la realizaba cada tres semanas o cada mes en la hora que quisiera, por ello supone que el demandante luego realizaba las mismas actividades.

El testigo CARLOS ORTEGA GARCÍA, yerno y cuñado de las demandadas GLADYS CABEZAS VILLACRÉS y MARTHA SANCHEZ CABEZAS, respectivamente, mencionó que visitaba la casa ubicada en Pilcuán, por ello le consta que quien se encargaba de la limpieza de la piscina era el demandante, precisando que el aseo y el mantenimiento de la vivienda lo hacía la familia cuando llegaba los fines de semanas o cada dos o tres meses. Finalmente, comentó que cuando acudían a la casa debían solicitar las llaves en el sitio de habitación del demandante, lugar en el que en varias ocasiones fue su esposa quien se las entregó y les comentó que su esposo se encontraba trabajando en sectores aledaños en construcción.

La testigo ROCIO HERNÁNDEZ, quien labora en TRANS ANDES S.A. sociedad en la que la demandada MARTHA LUCIA SÁNCHEZ es la gerente general y la Sra. GLADYS CABEZAS VILLACRES socia, manifestó que el actor como encargado de la piscina se acercaba a las oficinas de Trans Andes a retirar su pago cada mes o dos meses, el que recuerda ascendía aproximadamente a \$100.000 y luego a \$150.000, destacando que en los carros de la empresa le eran entregados los materiales para la limpieza de la misma.

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandante manifestó que desde el año 2007 se encargó de la limpieza de la casa y la piscina por virtud de un arreglo que hizo con el Sr. LUIS CARLOS ORTEGA, esposo de la demandada MARTHA LUCIA SÁNCHEZ CABEZAS. Manifestó que además realizó labores de albañilería la cuales le fueron canceladas excepto la última vez que pintó la casa. Cuando fue preguntado sobre cómo mantenía su casa en la época de los hechos de la demanda, informó que vivía con su esposa y cuatro hijos; que todos trabajaban, vendían comida, y el actor laboraba como albañil, pues en sus palabras indicó que hacía varios trabajos de construcción, precisando que la gente del sector lo solicitaba algunas veces para fundir alguna plancha o realizar

actividades de plomería. En cuanto al horario que cumplía para hacer la limpieza de la piscina aseguró que no podía “descuidarse”, y que por lo general lo hacía el día anterior a aquel en que la familia llegaba. Mencionó que el Sr. LUIS CARLOS ORTEGA, en ocasiones le decía “*haga tal cosa y tal otra*” y el demandante cumplía la orden, pues en lo demás el ya sabía que hacer. Finalmente, comentó que cuando los propietarios arrendaron el inmueble el actor también le prestó sus servicios a la arrendataria, precisando que cuando las hijas de esta última llegaban los fines de semana ellas le “*regalaban cualquier cosita*”.

Finalmente, de los interrogatorios de parte cumplidos con las demandadas GLADYS YOLANDA CABEZAS VILLACRECES y MARTHA LUCIA SÁNCHEZ CABEZAS, reiteraron que el demandante era la persona encargada del mantenimiento de la piscina, pues agregaron que cuando ellas y su familia visitaban el inmueble también realizaba algunos “mandados”, y en algunas ocasiones ejecutó actividades de construcción las que fueron remuneradas en su momento.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba, encuentra la Sala que el demandante no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, pues no se logra confirmar que aquel hubiera prestado un servicio personal a favor de los demandados en los términos que se afirma en la demanda, puesto que si bien se acreditó que el actor se encargaba de la limpieza de la piscina del inmueble ubicado en Pilcuán, no se logró demostrar con certeza las condiciones en que ese servicio se prestó ni tampoco la continuidad del mismo, aspectos que tampoco se extraen de lo manifestado por los testigos traídos por la parte demandante quienes aseguraron observar al actor en horas de la mañana, al medio día y en las tardes, en la casa conjunta a la suya barriendo y limpiando, testigos que no le ofrecen claridad a la Sala sobre la forma en que se prestó el servicio, pues el conocimiento que tienen lo infieren de lo que veían cuando transitaban por la vivienda de camino a su trabajo y de regreso a sus casas, que en el caso del testigo Luis Henry Titistar, solo lo hacía los lunes, jueves y domingo.

Luego entonces, si en gracia de discusión se concluyera que el actor además de la limpieza de la piscina ejecutaba algunas labores de limpieza, no se advierte que se hubieran cumplido en la forma que se aduce en la demanda, nótese que como lo reconocieron los testigos y el propio demandante además este ejecutaba trabajos como albañil, lo que conduce a concluir que el demandante cumplía con los servicios prestados a las demandadas de manera autónoma debido a que el inmueble en la mayoría de tiempo se encontraba deshabitado y en el horario que dispusiese para ello, ya que como el mismo actor reconoció la limpieza de la piscina por lo general la hacía el día anterior al que llegaba la familia.

Además de lo anterior, conviene advertir que el actor de en el interrogatorio de parte también confesó que no solo prestó sus servicios en favor de las demandadas sino también a la persona que estos arrendaron el inmueble, lo que descarta la continuidad en la prestación del servicio alegada.

Por lo discurrido resulta acertado concluir que en el presente asunto el demandante no logró demostrar el elemento básico del contrato de trabajo relacionado con la prestación continuada del servicio a favor de la parte demandada en los interregnos temporales alegados en el libelo introductorio, siendo del

caso advertir que en cuanto al convocado a juicio LUIS CARLOS PAREDES PAREDES, ni siquiera se logró probar que tuviera que ver con los hechos de la demanda, en tanto, como aseguró el demandante el esposo de la demandada MARTHA LUCIA SANCHEZ CABEZAS es el Sr. LUIS CARLOS ORTEGA, por ello, el Sr. LUIS CARLOS PAREDES, no tiene ningún parentesco ni relación familiar con las demandadas ni con el inmueble, razones por las cuales se confirmará la decisión de la primera instancia que absolvió a los convocados a juicio de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

COSTAS

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado.

III.DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales (N), el 8 de octubre de 2021, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 262. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.


CLARA INÉS LOPEZ DAVILA
Magistrada


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. 528353105001-2019-00217-01 (489)

ACTA No. 258

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **GUILLERMO VÁSQUEZ QUIÑONES** en contra del **HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E. DE TUMACO**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el demandado, HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E. DE TUMACO, en calidad de trabajador oficial, que rigió entre el 1º de julio de 2012 y el 30 de marzo de 2017. Como consecuencia de tal declaración solicita reconocer y pagar a su favor las acreencias laborales enlistadas en el escrito genitor, debidamente indexadas, además de los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que laboró en calidad de trabajador oficial al servicio de la entidad prestadora de salud traída a juicio, a través de contratos de prestación de servicios técnicos administrativos, en el cargo de conductor de vehículo automotor (servicios generales), desde el 1º de julio de 2012 hasta el 30 de marzo de 2017, cumpliendo funciones de manera continua y subordinada, atendiendo siempre las instrucciones y órdenes impartidas por su empleador en el desarrollo de las siguientes funciones: conducir los

vehículos de la empresa transportando al personal asistencial y administrativo del hospital, realizar y apoyar las actividades que demande el área de servicios generales y mantenimiento, limpieza de los vehículos que así lo requieran, transportar los bienes y servicios que demande la institución, entre otros.

Agrega que cumplió horario de trabajo de lunes a viernes, conforme a los turnos señalados por el empleador, de la siguiente manera: 7:00 a.m. a 1:00 p.m.; de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., recibiendo la suma de \$930.000 mensuales como remuneración por la labor realizada, la cual fue constante durante los dos últimos años que perduró el vínculo laboral.

Indica que la empresa omitió pagar las acreencias laborales pretendidas, para lo cual presentó reclamación administrativa el 18 de enero de 2019, desatada negativamente con respuesta del 25 de febrero de la misma anualidad.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda al agente especial interventor del Hospital San Andrés E.S.E. de Tumaco, a través de apoderado judicial, la contestó oportunamente oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en contra de su prohijada, aceptando la prestación de los servicios del actor en favor de la entidad llamada a juicio, como conductor, a través de órdenes de prestación de servicios; sin embargo, alude que no existió continuidad en el servicio prestado, su objeto contractual no era de total disposición y, por tanto, podía prescindir de él en cualquier momento. Acepta igualmente la remuneración percibida por concepto de honorarios, pero niega la configuración de un vínculo de carácter laboral con el demandante, la condición de trabajador oficial y las obligaciones que de él se derivan. Propone como medios exceptivos de defensa, los que denominó "*inexistencia de la condición de trabajador oficial*", "*buena fe*" y "*prescripción*".

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, declaró que entre la E.S.E HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO, hoy en intervención forzosa y GUILLERMO VÁSQUEZ QUIÑONES, existieron dos contratos fictos de trabajo bajo los siguientes extremos temporales: desde el 1º de julio de 2012 al 30 de junio de 2016 y del 1º de noviembre de 2016 al 30 de marzo de 2017. En consecuencia, condenó a la llamada a juicio a pagar a favor del demandante el auxilio de cesantías,

prima de navidad, vacaciones compensadas, prima de vacaciones, auxilio de transporte y la indemnización moratoria; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada a quien condenó, además, al pago de las costas procesales.

Para asumir tal determinación el juez consideró, primigeniamente, que la condición del actor como trabajador oficial, debido a la naturaleza de la convocada a juicio y las funciones por éste desempeñadas, se encuentra debidamente probado. Adicionalmente se demostraron los elementos esenciales del contrato de trabajo en el desempeño como conductor de vehículo automotor de la entidad demandada HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E., en el marco de la primacía de la realidad sobre las formas, pues si bien se vinculó mediante contratos de prestación de servicios, en su ejecución desapareció la autonomía e independencia que lo caracteriza.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses judiciales de la parte demandada interpone recurso de apelación por considerar que los vínculos contractuales entre el demandante y su representada carecen de continuidad, permanencia y subordinación, pues las funciones se plasmaron en el contrato de prestación de servicios sin que se demuestre el sometimiento a un horario ni subordinación por su jefe inmediato, lo que no genera relación laboral ni ocasiona el pago de prestaciones sociales por enmarcarse en los lineamientos de la Ley 80 de 1993, siendo insuficiente la prueba testimonial, en el presente caso, para demostrar lo contrario.

Por otro lado, refiere que en sentencias como la CSJ SL -2684 de 2018 y la CSJ SL-1218 de 2019, la clasificación de los servidores públicos como empleados públicos y trabajadores oficiales es de reserva legal, pues es ésta quien determina la naturaleza del vínculo del servidor, sin que ello dependa de la voluntad de las partes.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante, por su parte, inconforme parcialmente con la sentencia de primer orden, reprocha la omisión de condena en relación con la indemnización moratoria, pues al determinar la existencia de dos contratos de trabajo, el primero del 1º. de julio de 2012 hasta el 30 de junio de 2016 y el segundo del 9 de noviembre de 2016 hasta el 30 de marzo de 2017, se debió aplicar la sanción

regulada en el Decreto 797 de 1949, en relación con el primero de ellos; es decir, desde el 1º de octubre de 2016 hasta que se paguen las indemnizaciones debidas, pues en reciente pronunciamiento del Tribunal de Cierre, la aplicó indistintamente a los contratos reconocidos en la sentencia, de manera que deja atrás la tesis que mantiene el juzgado.

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 tanto por la parte demandante como demandada, 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.

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 expusieron -vía electrónica-, conforme da cuenta la constancia secretarial del 25 de mayo de 2022, los alegatos del Procurador delegado del Ministerio Público ante esta instancia, quien expuso que la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo conforme al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues los testigos dan cuenta de la existencia del elemento subordinación y no de una simple coordinación, cumpliendo horarios, recibiendo órdenes, llamados de atención, solicitud de permisos y suministro de elementos de trabajo.

Por otro lado, refiere que en el presente caso, se declararon dos contratos de trabajo, el primero desde el 1º de julio de 2012 hasta el 30 de junio de 2016 y, el segundo, desde el 1º de noviembre de 2016 hasta el 30 de marzo de 2017, existiendo saldos pendientes a favor del trabajador; no obstante, la entidad demandada no demostró razones atendibles que justifiquen el no cumplimiento de las obligaciones laborales, de manera que, la sanción moratoria es procedente para el primer contrato de trabajo, la cual corre pasados 90 días desde su terminación y hasta la terminación del segundo contrato de trabajo que fue el 30 de marzo de 2017, pues a partir de esa fecha empieza a correr la sanción moratoria para el segundo contrato.

Solicita, en consecuencia, que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada, adicionando la sanción moratoria respecto del primer contrato.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar i) ¿En el caso bajo estudio, se acredita la condición de trabajador oficial del demandante, así como la demostración de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, a la luz de lo reglado en el decreto 2127 de 1945? En caso afirmativo ii) Se trató de un solo vínculo sin solución de continuidad; o, como lo increpa el alzado por pasiva, ¿los vínculos contractuales fueron discontinuos?; Por último, iii) ¿Se aviene al ordenamiento jurídico la condena impuesta a cargo del HOSPITAL SAN ANDRES E.S.E. DE TUMACO por concepto de sanción moratoria o la misma deberá modificarse, como lo invoca el promotor del litigio y el delegado del Ministerio Público, para reconocerla frente a cada vínculo contractual decretado?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Primigeniamente y antes de adentrarse en el estudio de los anteriores planteamientos, la Sala advierte que, si bien para la sustentación del recurso de apelación no existe reglas formales, lo cierto es que al menos se debe indicar lo que con él se pretende y así sustentarlo dentro de la oportunidad legal, con todos los argumentos tendientes a enervar la decisión adoptada. Ahora, aunque el recurso formulado por activa y pasiva no precisa lo que con él se pretende, la Sala abordará su estudio para garantizar el derecho de contradicción y defensa.

1. CONDICIÓN DE TRABAJADOR OFICIAL Y DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Establecido lo anterior, este Sala de Decisión analiza, anticipadamente, que la entidad accionada fue creada como una Empresa Social de Estado del orden departamental mediante ordenanza No. 070 de 1995, emanada de la Asamblea Departamental de Nariño y por ello, en materia del personal se sigue lo dispuesto en el cap. IV de la ley 10 de 1990; es decir, empleados públicos como regla general y trabajadores oficiales, como excepción delimitada para aquellos que desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Tal condición jurídica no obedece a la voluntad de las partes, sino a la naturaleza de la entidad a la cual se presta el servicio (criterio orgánico) y, excepcionalmente, a las funciones que desarrolla el servidor (criterio funcional), tema que ha sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales, incluso de este Cuerpo Colegiado, que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un "contrato de trabajo", este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico; a contrario sensu, si un trabajador oficial es vinculado por un acto legal y reglamentario, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado, como acertadamente lo resalta el alzadista por pasiva.

El tema es desarrollado en igual sentido por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y de manera clara y precisa por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Gustavo José Gnecco, Radicación 36668 del 29 de junio de 2011, replicado en múltiples ocasiones por Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional.

En esa oportunidad la Alta Corporación así se pronunció:

“Por vía de excepción –que comporta una exégesis restrictiva, alejada de la analogía y distante de la extensión, a efectos de que la salvedad no devenga en principio general, que, sin duda, terminaría por distorsionar el prístino y correcto sentido de la norma-, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general.

Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. (...)

Ahora bien, la H. Corte Suprema de Justicia, también ha recalcado respecto a lo que debe entenderse por servicios generales, en la sentencia CSJ SL18413-2017, reiterada en la decisión con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Radicación 63727 del 18 de abril de 2018, señalando lo siguiente:

“Servicios generales.

Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”. Subrayas propias

Por lo tanto, le correspondía al promotor del litigio para ser clasificado como trabajador oficial, en virtud del principio de la carga de la prueba que regula el art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa, acreditar indubitadamente que su labor no estaba relacionada con funciones de carácter directivo o administrativo, o mejor, que se dirigían al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, y por consiguiente, vinculado mediante un contrato ficto de trabajo, ya que como se dijo, en forma excepcional se aplica el criterio funcional para clasificar a los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado.

Y ello fue precisamente lo que ocurrió en el sub examine, en tanto el convocante a juicio acreditó la vinculación con la demandada E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco (N), a través de varios contratos de prestación de servicios, para desempeñarse como conductor de vehículo automotor, como consta a folios 15 a 101 del plenario, aspecto que no fue materia de debate en la presente Litis, pues en la contestación de la demanda se acepta el cargo ejercido por el demandante. Así mismo, en el texto de los referidos contratos, no se impuso a cargo del Sr. GUILLERMO VASQUEZ QUIÑONES el cumplimiento de labores médico-asistenciales o de urgencias, ni tampoco conductor de ambulancia, que permitiera inferir que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, su condición fuera la de un empleado público y no la de trabajador oficial, como se indica en la demanda.

Adicionalmente, para reforzar este primer aspecto de estudio, se cuenta con la versión entregada por el Sr. CARLOS JULIO RAMIREZ, compañero de trabajo del demandante y conductor de la demandada desde el año 2013 hasta noviembre de 2015, quien indica, de manera clara y precisa, que el demandante conducía varios vehículos de propiedad de la demandada, entre ellos una camioneta Toyota, un automóvil y una buseta para transportar el personal, de igual manera aclara que la ambulancia solo era manejada por el accionante para su limpieza, pero en ningún

momento para transportar pacientes. En igual sentido la Sra. MARIA DEL PILAR HENAO OCAMPO, jefe de mantenimiento de la empresa traída a juicio, refirió que para ser conductor de ambulancias era necesario tener un curso realizado por la Cruz Roja; sin embargo, ello no se acreditó respecto del promotor de la Litis.

En conclusión, luego de analizar las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que las funciones del accionante se enmarcaron en los conceptos de servicios generales, específicamente en el de conductor de vehículo automotor diferente a ambulancia, que lo ubican en el plano de un trabajador oficial.

Decantado lo anterior y la indiscutible prestación personal del servicio del accionante a favor de la convocada a juicio, lógica resulta la aplicación de la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que dispone que *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*.

De esta manera, al invertirse la carga de la prueba, le corresponde a la accionada desvirtuar la presunción antes señalada, enfilando toda su actividad probatoria para demostrar que, en efecto, la relación jurídica que envolvió a las partes en contienda se caracterizó por un trabajo autónomo e independiente, sin visos de subordinación, como es lo propio de un contrato de prestación de servicios, a la luz de la normativa que rige la contratación estatal, Ley 80 de 1993.

Pero ello no ocurrió, de manera alguna, por lo que los etéreos argumentos esbozados por el alzado que representa los intereses de la entidad pública llamada a juicio, no resultan suficientes para derruir la decisión que en este sentido adoptó el operador judicial de primer grado, más aún cuando pide que sea el actor quien demuestre la subordinación respecto del jefe inmediato, denotando un grave desconocimiento de los efectos de la presunción legal que contempla el ya citado artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

En todo caso y solo con el fin de abundar en razones, se precisa que tanto la prestación personal del servicio como el elemento subordinación, se corroboraron con las declaraciones del Sr. CARLOS JULIO RAMÍREZ, a quien le consta, de manera directa, que el convocante a juicio en el ejercicio de sus funciones, recibía órdenes del jefe de mantenimiento, Sres. María del Pilar Henao, Hernán Niño y Lucero, siendo

los encargados de controlar los turnos y si era necesario, autorizar permisos para ausentarse de su sitio de trabajo. Refiere que no conoce si el demandante disfrutó de vacaciones, recibió auxilio de transporte y dotación, ni cual fue la razón para que dejara de trabajar, pero que hasta la fecha que él trabajó les pagaron \$930.000 mensuales como retribución por el servicio prestado.

Por su parte, la Sra. MARÍA DEL PILAR HENAO OCAMPO, testigo llevado a juicio a cargo de la parte demandada, lejos de desacreditar el elemento de la subordinación lo confirma, al establecer que el trabajo desarrollado por el demandante al servicio de la demandada se alternaba con los demás trabajadores, en turnos establecidos por el jefe de mantenimiento, quien además era el jefe directo de los conductores. Por otro lado, señala que quien no contaba con el curso de primeros auxilios no podía conducir las ambulancias, sino que solamente se ocupaba de manejar los otros vehículos, empero, respecto del promotor de la Litis no precisó si contaba con tal formación y si fungía o no como conductor de ambulancia.

Tales afirmaciones espontáneas y coincidentes, refuerzan aún más el convencimiento del Juez Plural y por ello, sin dubitación alguna, la decisión adoptada en este sentido por el juez cognoscente será confirmada en su integridad, por cuanto se aviene al ordenamiento legal y constitucional que orienta la materia.

Adicionalmente, respecto de la continuidad en la prestación del servicio, que al parecer es otro punto de inconformidad por pasiva, pasa el Cuerpo Colegiado a revisar el material documental arrimado al expediente, encontrando lo siguiente:

- Contratos de Prestación de Servicios Técnico Administrativo (fls. 15-101)

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICO ADMINISTRATIVO		
No. DE CONTRATO	INICIO	FINALIZACIÓN
588-07-2012	01-julio- 2012	30- septiembre- 2012
Otro si al contrato No. 588-07-2012	01- octubre- 2012	31- octubre- 2012
922-11-2012	07- noviembre- 2012	31- diciembre- 2012
682-03-2013	01- marzo- 2013	30- junio- 2013
1083-07-2013	01- Julio- 2013	30- septiembre- 2013
1458-10-2013	01- octubre- 2013	31- diciembre- 2013
232-01-2014	02- enero- 2014	30- junio- 2014
549-07-2014	01- Julio- 2014	30- septiembre- 2014
1068-10-2014	01- octubre- 2014	31- diciembre- 2014

218-01-2015*	02- enero- 2015	31- marzo- 2015
277-02-2015	01- febrero- 2015	31- marzo- 2015
717-04-2015	01- abril- 2015	30- junio- 2015
1074-07-2015	17- Julio-2015	30- septiembre- 2015
1386-10-2015	01- octubre- 2015	31- octubre- 2015
1480-11-2015	01- noviembre-2015	31- diciembre- 2015
132-01-2016	01- enero- 2016	31- enero- 2016
436-02-2016	01- febrero- 2016	31- marzo- 2016
529-04-2016	01- abril- 2016	30- junio 2016
1458-11-2016	01- noviembre- 2016	31- diciembre-2016
162-01-2017*	01- enero- 2017	31- enero- 2017

- Certificación laboral expedida por el jefe de mantenimiento, del 31 de octubre de 2016 (fl. 105) en la que se lee: *“Que el señor (a) GUILLERMO VASQUEZ (sic) identificado (a) con la cédula de ciudadanía, número 12915066 expedida en la ciudad de TUMACO (NARIÑO), cumplió con sus actividades contratadas como CONDUCTOR, en el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2016 al 31 de octubre del 2016”.*

De tales piezas documentales, revisadas bajo las reglas de la sana crítica como lo autorizan los artículos 60 y 61 del CP.L. y S.S., las cuales no fueron tachadas de falsas ni redargüidas oportunamente por la parte a quien se opone, se concluye la existencia de una sola relación de trabajo bajo el manto del principio de la primacía de la realidad que consagra el artículo 53 constitucional, sin interrupciones relevantes ni superiores a 1 mes, pues incluso los meses de enero y febrero de 2013, se acreditan con la declaración rendida por el testigo Sr. CARLOS JULIO RAMÍREZ, quien depone que a su ingreso a laborar con la demandada, 2 de enero de 2013, fue el demandante quien le realizó la prueba de conducción y permaneció en el servicio, de manera continua, hasta noviembre de 2015, cuando finalizó su contratación.

Es por lo antes expuesto que, para este Órgano Colegiado, se dio una sola relación laboral en los extremos temporales comprendidos entre el 1º. de julio de 2012 hasta el 30 de marzo de 2017; no obstante, como la revisión de este ítem se hace a favor del apelante por pasiva, la decisión sometida a escrutinio de la Sala no será modificada para no hacer más gravosa la condena impuesta a su cargo, en virtud del principio de la no reformatio in pejus.

2. DE LA SANCIÓN MORATORIA

Al respecto, solicita la parte activa de la presente Litis, se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria por cada una de las relaciones laborales

decretadas por el juez cognoscente, particularmente sobre la primera de ellas, esto es, la que se suscitó entre el 1º. de julio de 2012 y el 30 de junio de 2016, por así señalarlo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en recientes pronunciamientos. No obstante, este punto de inconformidad no será abordado por parte de esta Sala de Decisión por no guardar congruencia respecto del petitum del escrito inicial, pues surge tan solo con ocasión de la decisión de primera instancia, sin ser planteada desde el escrito inaugural y, por lo tanto, sin brindarle la oportunidad a la parte traída a juicio de ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa.

Recuérdese que, al respecto, la Sala de Casación Laboral ya de vieja data, en sentencia CSJ SL 21 de mayo de 2010, rad. 33866 señaló:

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

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

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

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

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

Quedan de esta manera atendidos los problemas jurídicos planteados para desatar la presente Litis y, en consecuencia, ante las resultas de cada inconformidad, no se impondrán costas en esta instancia, por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

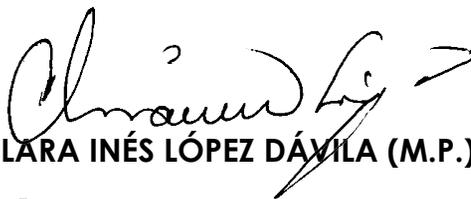
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, objeto de apelación por las partes demandante y demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. SIN LUGAR a CONDENAR en costas de segunda instancia, por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00223-01 (080)

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **JORGE LUIS GUERRERO DIAGO**, contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

JORGE LUIS GUERRERO DIAGO, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del 1º de junio de 1994. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger al demandante como afiliado al RPM y a recibir de **PORVENIR S.A.** la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, con la capitalización, indexación e intereses moratorios. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales y las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicitó, se declare ilegal el traslado del demandante a través de **PORVENIR S.A.** a partir del 1º de junio de 1994, lo anterior, por no cumplir con el requisito de permanencia mínimo de 3 años para poder trasladarse de régimen estipulado en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **18 de agosto de 1957**. Que prestó servicios y realizó cotizaciones en la forma que se lee en el hecho 2º de la demanda. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de junio de 1994 y el 6 de marzo de 2018, realizó simulación de su pensión arrojando que a los 62 años de edad puede aspirar a una mesada de \$781.242. Que cotizó hasta febrero de 2019 con un IBC de \$2.941.200. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 10 de abril de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que no fue resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendarado 28 de junio de 2019 (Fl. 52), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”. (Fls. 53-62).

PORVENIR S.A. en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, e “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA y la “INOMINADA” (Fl. 98-149).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls. 216-220).

El juzgado de conocimiento el 16 de febrero de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante a PORVENIR S.A. el 1º de junio de 1994, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a cargo de COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Igualmente, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Preciso que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, debidamente indexados. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos descritos, para que a futuro se consolide el derecho pensional del demandante. Declaró probada la excepción de fondo “buena fe”, propuesta por COLPENSIONES y en consecuencia, se abstuvo de condenar en costas a esta entidad. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y declaró probadas las excepciones de fondo inexistencia del daño y ausencia de prueba del daño, propuestas por ese último fondo (Fls.270-273).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Manifestó que el testigo citado no presencié el traslado del demandante y tampoco se acreditaron vicios en el consentimiento del actor. Indicó que, la carga de la prueba que se exige en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada, en tanto, se requiere una información que para el momento del traslado del demandante no existía. Así mismo, aseguró que, si bien se declara la ineficacia del traslado y

se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, pues además advirtió que no resulta procedente cobrar los recursos provenientes del cobro de la póliza de invalidez o vejez, toda vez que atenta contra la naturaleza del contrato de seguros. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., más aún si se tiene en cuenta que el demandante es una persona profesional. Resaltó además que, de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella, por más de 20 años. Así mismo, advirtió que autorizar el traslado del demandante al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Finalmente, resolver si la condena en costas en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES resulta procedente.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante se trasladó en el año 1994, no cumplió con el deber de información, pues contrario

a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, el actor recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación aportado visible a folio 32, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del formulario no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, pues pese a que el testigo JOSÉ JAVIER RUALES GUERRERO, no informó

sobre las condiciones en que se produjo el traslado del actor, pues no lo presenció, el fondo privado demandado no probó que cumplió con el deber de información debida y transparente

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A., a partir del 1º de junio de 1994, como lo definió la primera instancia, ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, conclusión que no implica como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni al demandante y como este último se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por el demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La*

administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”.

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

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

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

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1°, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos

ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

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

EXCEPCIONES.

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

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

En cuanto a las costas de primera instancia la Juez A Quo se abstuvo de imponer condena en contra de COLPENSIONES declarando probada la excepción de buena fe; no obstante, lo procedente era declarar de oficio probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, por lo tanto, se modificará el numeral cuarto de la sentencia en lo pertinente, por cuanto jurisprudencialmente la buena fe del empleador produce consecuencias jurídicas diferentes.

CONCLUSIÓN.

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

segundo de la sentencia y se modificar el numeral cuarto conforme se indicó. En lo restante la sentencia se confirmará.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente para cada una, esto es, la suma de \$2.000.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR Y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** y **MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 16 febrero de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar de la cuenta individual del demandante **JORGE LUIS GUERRERO DIAGO** a la cuenta global administrada por la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido 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, además de las cuotas y/o comisiones de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el actor permaneció afiliado a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique

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

“CUARTO: “DECLARAR probada de oficio la excepción de **“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”**, en favor de COLPENSIONES, y no probadas las restantes propuestas por esa entidad conforme se expuso”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 16 de febrero de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 260. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

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. 520013105003-2019-00500-01 (453)

ACTA No. 256

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **LILIANA MARGARITA CÓRDOBA PORTILLO** en contra del **PAR CAPRECOM LIQUIDADO – ADMINISTRADO POR ENCARGO FIDUCIARIO POR LA FIDUPREVISORA.**

I. ANTECEDENTES

La actora pretende, por esta vía ordinaria laboral (luego de la reformulación de este ítem ante la prosperidad de la excepción denominada “*indebida acumulación de pretensiones*”), de manera principal que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, hoy liquidada, que perduró entre el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, así como su derecho a acogerse al Plan de Retiro Consensuado por estar vinculada con la entidad al momento de la liquidación. Subsidiariamente anhela que se declare la relación laboral bajo iguales extremos temporales y que la misma terminó por despido injusto. Como consecuencia, pide que la demandada sea condenada a reconocer y pagar los derechos convencionales que le asisten como trabajadora.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que prestó sus servicios personales como gestora de vida sana y/o promotora en el Municipio de Cumbitara (N) a favor de la demandada, en virtud de 9 contratos de prestación de servicios y 2 prórrogas, vigentes desde el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, cuando se ordenó su liquidación; que entre sus funciones se encontraba el aseguramiento, referencia y contra referencia, promoción y prevención, atención de los usuarios para la adecuada prestación de los servicios de salud,

canalización de autorizaciones, carnetización, citas médicas, entre otras, las que se desarrollaron en la misma jornada laboral del personal de planta; esto es, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 p.m., percibiendo como remuneración la suma de \$1.271.000 para 2013 y \$1.321.840 para los años 2014, 2015 y 2016.

Agrega que CAPRECOM fue quien le entregó los elementos, equipos e insumos para prestar el servicio, el cual se hacía de forma directa y personal, acatando las órdenes impartidas por sus representantes y bajo la completa subordinación del personal adscrito a la entidad, sin disponer de autonomía, por lo que debía contar con permiso para ausentarse de su lugar de trabajo, así sea momentáneamente. Sostiene, además, que fue desvinculada de la entidad sin que existiera justa causa para ello ni le fueran canceladas las prestaciones sociales a las que tenía derecho por la labor realizada.

Aduce que al interior de la organización se estableció el sindicato de trabajadores SINTRACAPRECOM, al que pertenecían todos los trabajadores de planta del nivel territorial y nacional con quienes se pactó una convención colectiva de trabajo que por extensión le resulta aplicable para la liquidación de sus prestaciones y demás derechos laborales.

Por otra parte, mediante Decreto No. 2519 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social ordenó la liquidación de la demandada y definió a cargo del liquidador el pago de las indemnizaciones, acreencias laborales, así como la elaboración de un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales vinculados a CAPRECOM, del cual también resulta acreedora en virtud del principio de igualdad y favorabilidad, por cumplir con los requisitos para ello, en la forma reconocida al personal de planta que se acogió al mismo.

Finalmente señala que el 21 de noviembre de 2016, radicó reclamación administrativa que se resolvió negativamente el 13 de diciembre del mismo año.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO se notificó en debida forma, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada oportunamente a través de apoderada judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa luego de considerar que no les consta los hechos más allá de los que reposan en los archivos de la entidad, esto es, la existencia de diversos contratos interrumpidos de prestación de

servicios firmados a partir de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, sin que se le exigiera la prestación personal del servicio y por lo tanto, desprovisto del elemento subordinación. A contrario sensu, se trató de un vínculo autónomo e independiente, cumpliendo funciones no misionales a cargo de CAPRECOM E.I.C.E., sin configurarse, de manera alguna, un contrato de trabajo.

Aduce que la convención colectiva de trabajadores únicamente le era aplicable a los afiliados a SINTRACAPRECOM y por extensión a los trabajadores de CAPRECOM, pero no a la demandante por tratarse de una contratista independiente; que no se trató de un despido injusto, en tanto la relación contractual finalizó única y exclusivamente por el vencimiento del plazo contractual pactado y que, en caso de que se declare la relación laboral pretendida, se considere que la vinculación terminó en cumplimiento de una norma vigente, esto es, el Decreto 2519 de 2015.

Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada, que denominó *“inexistencia de causa para pedir”*, *“inexistencia de la obligación”*, *“extemporaneidad en el depósito de la convención”*, *“solución de continuidad”*, *“tesis de actos propios”*, *“buena fe”*, entre otros.

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 8 de octubre de 2022, declaró que entre la demandante y la llamada a juicio existió una sola relación laboral vigente desde el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, que terminó unilateralmente y sin justa causa por parte de la empleadora y por ello, previa declaratoria parcial de la prescripción, la condenó a pagar los siguientes conceptos legales y convencionales: auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, compensación de vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de transporte, dotación, auxilio de alimentación, prima de navidad, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y devolución de aportes pensionales y de salud; absolvió de las demás pretensiones incoadas en el escrito genitor y la condenó en costas, en el equivalente a 3 smlmv.

Para arribar a tal decisión, la jueza de conocimiento, previo análisis normativo y probatorio, determinó la calidad de trabajadora oficial de la demandante y su vinculación con la demandada a través de un solo contrato ficto de trabajo, por acreditar la prestación personal del servicio en su condición de gestora de vida sana del

municipio de Cumbitara (N) y corroborar la subordinación con las versiones entregadas por los testigos.

En consecuencia, ordenó el pago de las acreencias solicitadas de conformidad con la convención colectiva del trabajo de la cual la actora resulta beneficiaria por extensión, toda vez que SINTRACAPRECOM se constituye por más de las dos terceras partes de los trabajadores de la entidad y negó la aplicación del Plan de Retiro Consensuado, por cuanto nació a la vida jurídica el 12 de abril de 2016, cuando la vinculación laboral con la actora ya había fenecido.

APELACIÓN DEMANDANTE

Inconforme con esta última determinación, la apoderada judicial que representa los intereses de la parte actora interpone recurso de apelación en procura de que esta Sala de Decisión verifique la facultad otorgada al liquidador para formular el Plan Voluntario de Retiro respecto de las personas vinculadas a la institución, en tanto el juzgado desconoció que, en efecto, la demandante mantenía el contrato con CAPRECOM para el momento en el cual se le otorgó dicha facultad, diciembre de 2015, siendo el liquidador designado quien postergó esta decisión hasta el abril de 2016. Por esta razón, insiste, no se podía excluir a la demandante de tales beneficios, más aún cuando el vínculo terminó por efectos de la liquidación, evidentemente ajena a la voluntad de la demandante y que, en todo caso, le priva de los derechos que de él se desprenden.

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 demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del PAR CAPRECOM LIQUIDADO – ADMINISTRADO POR ENCARGO FIDUCIARIO POR LA FIDUPREVISORA, 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 4 de junio de 2020, se presentaron -vía

electrónica-, las intervenciones de las apoderadas judiciales de la demandante y demandada, así como del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 26 de noviembre de 2021.

La apoderada judicial de la parte demandante, para solicitar que se confirme la declaratoria de la relación laboral existente entre la demandante y CAPRECOM y se revise la negativa frente al Plan de Retiro Voluntario, en tanto la tardanza en su materialización por parte del agente liquidador vulnera los derechos de quienes se encontraban vinculados a la fecha de liquidación de la empresa, como el caso de la demandante.

Por su parte la de apoderada judicial de la demandada PAR CAPRECOM, intervino para solicitar que la decisión impelida en primera instancia sea revocada, a fin de que se declaren probadas las excepciones formuladas con la contestación de la demanda. Para ello enfatiza en que los elementos prestación personal del servicio y remuneración, no se debaten por ser inherentes a la modalidad contractual escogida por las partes; empero, los mismos no se desarrollaron en el marco de la subordinación sino de una simple coordinación, siendo mínimas condiciones requeridas para desarrollar eficientemente el objeto del contrato y de ello dan cuenta los diferentes deponentes traídos a juicio.

Respecto de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, señala que el depósito de la misma es extemporáneo, de conformidad con el artículo 469 del C.S. del T., por lo que no produce ningún efecto. Por último, frente a la indemnización moratoria, sostiene que solo podrá aplicarse hasta la fecha de liquidación de la entidad demandada.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, solicita confirmar la sentencia en cuanto a la declaración de la existencia de la relación laboral, verificando y modificando, de ser necesario, las condenas impuestas a cargo de Caprecom EICE Liquidada. Sostiene que el análisis probatorio fue adecuado, inclusive en la aplicación de la convención colectiva de trabajo a favor de la demandante, pues pese a que la constancia de depósito data del 23 de enero de 2012 y el acuerdo final del 13 de diciembre de 2011, previamente se había radicado en correspondencia del 22 de ese mismo mes y año, de manera que la decisión produce plenos efectos jurídicos. Igualmente concuerda en la negativa de reconocer los beneficios del plan de retiro voluntario a favor de la convocante a juicio, toda vez que este fue implementado con posterioridad a la terminación del vínculo laboral y, por ello, no le asiste derecho.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: **i)** ¿En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en el sub examine se acredita la condición de trabajadora oficial de la actora y se configuraron los elementos de un contrato de trabajo; o, por el contrario, tal situación se desarrolló verdaderamente bajo los postulados de un contrato de prestación de servicios, caracterizado por la autonomía e independencia en la ejecución de las labores contratadas, como lo increpa el PAR CAPRECOM? De resultar positivo el primer postulado, **ii)** ¿Procede el reconocimiento de todas las acreencias laborales solicitadas por la demandante en el libelo genitor bajo las égidas de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRACAPRECOM? **iii)** ¿La absolución respecto al Plan de Retiro Consensuado ofertado mediante Resolución L000558 de 2016, se ajusta a derecho?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a desatar los anteriores planteamientos, parte esta Sala por establecer la naturaleza jurídica de la demandada, pues de ello depende la clasificación de sus servidores y las normas que deben guiar sus relaciones laborales, para lo cual basta decir que en acatamiento a lo dispuesto en la Ley 314 de 1996 y en el Decreto 205 de 2003, CAPRECOM es una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de la Protección Social, razón por la cual -por regla general-, sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales conforme lo preceptúa el inciso 2º del artículo 5º. del Decreto 3135 de 1968 y, por excepción, los estatutos de dichas empresas precisarán las actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, respecto a los trabajadores oficiales, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos pacíficos y de vieja data -15 de abril de 2005-, Rad. No. 24968, ha expuesto que *“Es reiterada la doctrina de la Sala que la condición de un servidor público como trabajador oficial ora como empleado público, no se difiere por acuerdos voluntarios, por normas convencionales, por resoluciones o decretos administrativos sino exclusivamente por la Ley”*.

En consecuencia, la categorización de quienes laboran al servicio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se determina a partir de la naturaleza jurídica de la entidad, juicio que define el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de

manera excepcional al criterio funcional; es decir, consultando la naturaleza de la labor desempeñada.

Anotado lo anterior, se abre el camino para verificar, tomando como soporte el material probatorio obrante en el proceso, la naturaleza de la relación contractual que ligó a las partes y cotejar si existió o no el contrato de trabajo realidad a que se hace alusión en la demanda, bajo los extremos temporales establecidos en la sentencia de primera instancia, en tanto tal situación no fue objeto de apelación y la presente se somete a escrutinio de esta Colegiatura en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la convocada a juicio.

1. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO

Puestos en la tarea de comprobar tal situación, conviene recordar que el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, señala que para que se configure un contrato de trabajo en el sector público, deben concurrir estos elementos: la actividad personal del trabajador, la dependencia o subordinación y el salario, como retribución del servicio.

Ahora bien, en cuanto al primer elemento –la actividad personal de la trabajador-, se precisa que no existe duda que la accionante LILIANA MARGARITA CÓRDOBA PORTILLO, cumplió funciones como gestora de vida sana en el Municipio de Cumbitara (N), en forma ininterrumpida, entre el 10 de enero de 2012 y el 31 de enero de 2016 y ello se desprende de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos con CAPRECOM (fls. 19 a 65), así como de las declaraciones de los testigos solicitados por la parte demandante CLARA MADROÑERO RIVAS, ALBA DE JESÚS CORAL FAJARDO, ISLENE VARGAS RODRÍGUEZ y CONSUELO GONZÁLES, quienes al unísono corroboraron la vinculación, el cargo y las funciones con carácter subordinado. A igual conclusión se arrija luego de analizar lo depuesto por CAMILO EMILIO CHAVES, quien fungió como director territorial de la demandada, entre los años 2010 a 2014.

Tales probanzas resultan suficientes para la Colegiatura, como lo fueron para la falladora de primera instancia, para entender que existió una prestación personal del servicio en favor de la accionada, por lo que resulta dable aplicar la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que dispone: *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*.

De esta manera se invierte la carga de la prueba y por ello, es a la accionada a quien le correspondía desvirtuar la presunción antes señalada, demostrando que la labor desplegada por la demandante fue autónoma e independiente y que CAPRECOM, contrató la ejecución de dichas actividades a través de prestación de servicios, sin que en todo caso haya existido dependencia o subordinación.

Pero ello no ocurrió y, por lo tanto, lógico resulta concluir que tal vínculo jurídico, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se cimentó en un contrato presuntivo de trabajo, regulado por el Decreto 2127 de 1945.

En todo caso, de las declaraciones rendidas por la Sra. CLARA MADROÑERO RIVAS, vecina del lugar de trabajo de la demandante, Sra. ISLENE VARGAS RODRÍGUEZ, quien laboró como Directora local de salud en el Municipio de Cumbitara desde 2012 a 2015, ALBA DE JESÚS CORAL FAJARDO, trabajadora al servicio de la demandada en el área de cartera y la Sra. CONSUELO GONZÁLES, líder de referencia y contra referencia de la demandada, se desprende, al unísono, que la oficina en la que laboraba la Sra. LILIANA MARGARITA CÓRDOBA contaba con todos los logos de CAPRECOM, cumplía un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 p.m., por cerca de 3 o 4 años hasta que la empresa se liquidó y se encargaba de atender a los usuarios, agendar las citas, presentar informes, siendo incluso un requisito para cancelar sus honorarios, gestionar el pago de la cartera ante el municipio. Agregan que en esa dependencia solo laboraba la demandante y por ello, cuando salía a capacitaciones, que además eran obligatorias, dejaba un letrero informando donde iba a estar; que los elementos de la oficina eran de propiedad de la demandada, como computador, sillas, teléfono celular con el logo de CAPRECOM, un chaleco naranja con el mismo logotipo el cual siempre portaba la actora y todo ello se llevó la demandada cuando se liquidó.

Respecto de las “propuestas económicas” aportadas por la demandada y dirigidas por la demandante hacía CAPRECOM, exhibidas por la defensa de la llamada a juicio para desacreditar el vínculo laboral, señalaron las deponentes que se trataban de un requisito preestablecido desde el nivel central, toda vez que ellos remitían minutas que se llenaban por quienes aspiraban suscribir contrato con la entidad demandada; es decir, no surgían de la iniciativa y autonomía de la contratista.

Finalmente, el Sr. CARLOS EMILIO CHAVES -testigo traído a cargo de la parte pasiva-, quien fungió como Director Territorial de la entidad, coincidiendo con las anteriores deponentes, expuso que la demandante se vinculó como gestora de vida sana en el

Municipio de Cumbitara a través de OPS porque era la directriz desde el nivel central, desarrollando actividades encaminadas principalmente a la atención de los usuarios, gestión de citas, autorización de servicios médicos, entre otras, siendo éstas actividades propias de CAPRECOM; es decir, estaban enfocadas a velar por la salud de los usuarios y evitar que se cambien a otra EPS. Señala que como director nunca impuso un horario, pero como parte de sus funciones se encaminaban a la atención a los afiliados, evidentemente debía contar con él; que los gestores debían entregar informes a fin de mes para generar el pago de sus honorarios; que la demandante no podía tomar decisiones que comprometieran los recursos de la empresa; y que, si bien representaban a CAPRECOM, no eran autónomos en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, probado como se encuentra que la actora estuvo vinculada con la entidad demandada mediante contratos fictos de trabajo, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es preciso establecer los extremos temporales que enmarcaron tal relación, encontrando que los testimonios allegados por la parte demandante concuerdan con los documentos obrantes a folios 19 a 65, contentivos de órdenes y contratos de prestación de servicios, lo que permite esclarecer que los límites temporales fijado por la falladora de primera instancia no merece ningún reproche y por lo tanto, será confirmada, advirtiéndose que los argumentos esbozados por quien representa los intereses de la entidad demandada no alcanzan vocación de prosperidad, no solo por resultar ajenos a la realidad probatoria del sub lite, sino porque además faltan a la probidad, con el único fin de evitar una condena que a todas luces resulta ajustada a derecho.

En este orden y sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, siendo deber de los falladores de justicia en el ámbito del derecho laboral escudriñar la realidad que envolvió el giro de las relaciones laborales de los trabajadores frente a los 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, esta Sala de Decisión coincide con la decisión adoptada por la jueza de primera instancia, esto es, tener por demostrado que entre la actora y CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, existió un vínculo de carácter laboral caracterizado por la prestación personal del servicio, la subordinación ejercida siempre por la convocada a juicio y con una remuneración como contraprestación, desde el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, ininterrumpidamente, toda vez que las aparentes interrupciones entre uno y otro contrato suscrito no superan 15 días, de conformidad con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, entre otras, en sentencia SL981 de 2019 de la M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Por último, la Sala clarifica que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C. G. del P., aplicable en esta materia por disposición del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S, quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor o la prosperidad de sus excepciones, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar en juicio los hechos en los que se fundamentan pues la inactividad probatoria conlleva ineludiblemente a soportar un fallo contrario a sus intereses, carga demostrativa que como ya se analizó no fue cumplida por la demandada CAPRECOM, pues con la testimonial y documental aportada, pretendió desdibujar el elemento de la subordinación derivado de la presunción legal, cuando de éstas, aunadas a las aportadas por la parte actora, se arriba precisamente a la tesis contraria.

Ahora bien, en lo que atañe a la remuneración percibida por la actora en el referido interregno de tiempo, de las documentales en reseña se desprende que para el año 2013, la misma ascendía a \$1.271.000 y para 2014, 2015 y 2016 \$ 1.321.840, tal como se avizora en el cuadro anexo #1 que hace parte de la presente providencia.

2. REVISIÓN DE LAS CONDENAS IMPUESTAS A CARGO DE LA DEMANDADA

En consecuencia, pasa la Sala a establecer si las acreencias laborales concedidas en primera instancia se avienen a derecho, previa verificación de la procedencia de la excepción de prescripción formulada en forma oportuna por la llamada a juicio.

En este orden, como la reclamación administrativa se presentó el 21 de noviembre de 2016 y fue resuelta el 13 de diciembre de la misma anualidad, la actora contaba hasta el 12 de diciembre de 2019 para presentar la demanda y así sucedió, en tanto se radicó el 10 del mismo mes y año (fl.2), de manera que el fenómeno de la prescripción solamente afectaría lo causado hasta el 20 de noviembre de 2013, con excepción del auxilio de cesantía cuyo término corre a partir de la ruptura del vínculo y de la compensación de vacaciones, para la cual se cuenta con un año adicional para el disfrute; no obstante, como la fecha establecida por la jueza cognoscente para este efecto fue el 13 de diciembre de 2013, la misma se mantendrá incólume por resultar más beneficiosa a los intereses de la entidad estatal a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Adicionalmente, respecto de la extensión de la Convención Colectiva de Trabajo invocada por activa, concedida por la falladora de primer grado y coadyuvada por el delegado del Ministerio Público, precisa la Sala que ningún reparo merece la decisión revisada en el grado jurisdiccional de consulta, por cuanto si bien el acuerdo celebrado el 13 de diciembre de 2012 se radicó el 23 de enero de 2013, en apariencia trasgrediendo los términos del artículo 469 del C.S.T., imperativo resulta considerar el certificado de depósito, obrante a folio 182 del expediente digital, en el que se explica: *“El depósito de la convención se realiza a solicitud del interesado, toda vez que se encuentra por fuera del término estipulado en el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo, pero ya había sido radicado por correspondencia el pasado 22 de diciembre de 2011”*. Bajo tal circunstancia, el referido acuerdo fue depositado dentro de la oportunidad exigida por la ley y, por tanto, su validez, no se afecta de manera alguna.

a. Auxilio de Cesantías

De acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947, 13 de la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes, la demandante tiene derecho a que se le reconozca esta prestación a razón de un mes de salario por año completo de servicios y proporcionalmente por fracción, por cuanto le gobierna el régimen de pago anualizado de cesantías. Por este concepto se obtiene la suma de \$ 4.617.617, frente a los contratos ininterrumpidos que iniciaron el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016.

Como esta suma resulta superior a la que indicó la jueza de primera instancia, la misma no será modificada para no hacer más gravosa la situación de la entidad a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, en virtud de la prohibición que existe de no imponer condena en peor.

b. Intereses a la cesantía

En este punto debe señalarse que, pese a que en el acta de audiencia virtual no se incluyó la referida condena a cargo de la demandada, la misma quedó consignada en el audio contentivo de la referida diligencia y por tanto es válida. De contera, debe señalarse que en el grado jurisdiccional de consulta la misma será revocada, toda vez que no existe norma que los consagre para los trabajadores oficiales y a cargo del empleador, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 41 de 1975.

c. Compensación en dinero de las vacaciones

Esta prestación se deriva del artículo 54 de la CCT, en la que se lee que ésta se reconocerá según lo prevista en la Ley. Por ello, el inciso final del artículo 10 del Decreto 3135 de 1968, reza: *“Cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado”*.

En consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la compensación en dinero de las vacaciones por todo el tiempo que perduró el vínculo contractual que inició el 10 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, correspondiéndole por este concepto la suma de \$2.021.314.

d. Prima de Vacaciones

A igual suma de dinero asciende este derecho a favor de la demandante, luego de aplicar el Decreto 995 de 2005 y el Decreto 404 de 2006, cuyo artículo único reza: *“Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”*, normativa aplicable de conformidad con lo dispuesto en la CCT, artículo 52, que define que esta prestación se reconocerá conforme a la Ley.

Tanto la compensación de vacaciones como su prima resultan superiores a la obtenida en primera instancia y, por ende, permanecen incólumes para no hacer más gravosa la situación de la entidad favorecida con el grado jurisdiccional de consulta.

e. Auxilio de transporte

Con respecto a este derecho, el artículo 47 de la CCT, reza: *“CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además, continuará prestando el servicio de ruta de buses”*, así, aplicado el fenómeno de la prescripción que lo afecta, la condena por este concepto asciende a \$ 1.872.000, es decir, levemente superior a la obtenida en primera instancia, por lo que no será modificada.

f. Dotación

Esta prestación se reconoce de conformidad con el artículo 41 de la CCT y se calcula con sujeción a los parámetros contenidos en el acápite del régimen salarial obrante en la “guía de consulta para la liquidación de acreencias laborales, para trabajadores

oficiales – CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN”, concretamente en el ítem 4.7. De esta manera, se constata que la demandante al haber desempeñado el cargo como gestora de vida sana y percibir un salario inferior a los 2.2 smlmv, le asiste tal derecho en la suma de \$ 3.388.023, la cual resulta superior a la impuesta en primera instancia \$ 3.171.000 y por lo mismo no será modificada.

g. Subsidio de alimentación

Se trata de una prestación contemplada en el artículo 46 de la CCT, que señala “CAPRECOM reconocerá como *Subsidio de alimentación, para 1997, el valor pagado en 1996, más el porcentaje reconocido por el Gobierno Nacional para 1997, hasta el tope reconocido por el mismo. Para 1998 se liquidará en igual forma. La entidad propenderá conjuntamente con la Organización Sindical por mantener precios accequibles (sic) y calidad nutricional en la alimentación que se suministre a sus servidores públicos, en la cafetería y restaurantes que funcionen en todas sus dependencias*”. Adicionalmente, la guía de consulta para la liquidación de acreencias laborales para trabajadores oficiales – CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN”, aportada con el escrito inicial, señala que ésta “SOLO FUE ENUNCIADA EN LA CONVENCIÓN COLECTIVA Y CORRESPONDE AL MISMO SUBSIDIO CONTEMPLADO EN LA LEY, NO ES UNA PRESTACIÓN ADICIONAL”.

En la misma guía, también se cita el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978, que dispone: “*Las entidades señaladas en el artículo 1º de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua*”, agregando para el efecto la tabla histórica por concepto del auxilio (fl. 95). Como la actora no supera el tope salarial establecido para los años 2013 a 2016, le asiste tal derecho en el equivalente a \$ 1.249.165, el que será modificado por cuanto es inferior al obtenido en primera instancia \$1.293.076.

h. Prima de Navidad

Para su reconocimiento y liquidación, se tiene en cuenta el artículo 50 de la CCT y el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, a razón de una doceava por cada mes completo de trabajo, mismo que se liquida desde el 13 de diciembre de 2013 a 31 de enero de 2016, correspondiendo por este concepto la suma \$ 3.016.844. Como esta suma es superior a la que indicó la jueza de primera instancia \$2.834.377, no será modificada.

i. Devolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones

Al respecto debe señalarse que no hay lugar a disponer el reembolso decretado en favor de la demandante, toda vez que, analizado el material probatorio arrojado al plenario, no se encuentra prueba alguna que demuestre que en efecto dichos aportes fueron cancelados por la promotora de la Litis a las respectivas entidades, carencia probatoria que impide acceder a este pedimento y, por tanto, en sede de consulta surtida a favor de la demandada, la misma será revocada.

j. Indemnización por despido injusto

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

Así, es claro para la Sala que la terminación del contrato existente con la demandante no obedeció a ninguna de las causales previstas como justas en el referido Decreto 2127 de 1945, concordante con el Decreto 2351 de 1945, pues la misma obedeció exclusivamente a la liquidación de CAPRECOM.

Así las cosas, hay lugar a reconocer como indemnización el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, correspondiente por este concepto \$ 7.005.752, que se cuentan desde el 1º de febrero al 9 de julio de 2016, suma que resulta superior a la obtenida por la jueza de primera instancia \$6.396.645 y por lo mismo no será modificada.

k. Indemnización moratoria

Procede tal derecho en tanto el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º concede un término de gracia de noventa (90) días¹ a las entidades que ocupen trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores adeudados por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones, al momento en que termine el contrato de

¹ Entiéndanse calendario, de conformidad con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981 de 2019, MP. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

trabajo, al cabo de los cuales, si el empleador no paga lo adeudado, pagará la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de mora.

Sobre la procedencia de esta sanción, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, concluyó que demostrada la subordinación y continuada dependencia de un contratista, la excusa o el argumento de defensa referente a la buena fe por estar convencida de la inexistencia del mismo, carece de validez porque evidentemente no es posible avalar la utilización de figuras legales con el fin de ocultar vínculos, que de acuerdo con el objeto social de una entidad, son necesario para su desarrollo normal; en consecuencia, debe siempre imponerse la sanción antedicha por el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales y rubros laborales derivados del vínculo laboral (23 de febrero de 2010, Radicación No. 36506). Además, le resulta suficiente al trabajador acreditar que en su favor existen créditos insolutos para que el empleador asuma la carga de probar las razones que justificaron tal omisión.

Ahora bien, desde la contestación de la demandada CAPRECOM alegó que la actora no estuvo ligada contractualmente con ésta, puesto que se le contrató a través de prestación de servicios y, por tanto, bajo ese entendido estaba convencida que no tenía ninguna obligación laboral con la demandante, siendo ello una actuación revestida de buena fe; no obstante, de acuerdo con la referencia jurisprudencial ante citada, observa la Sala que dichos fundamentos no pueden acogerse como eximentes de la sanción moratoria, en tanto ello se traduciría en la anuencia para que a pesar de la necesidad del servicio prestado, las entidades estatales no adecuen sus plantas de personal, mal utilizando, a cambio, la figura del contrato de prestación de servicios para vulnerar los derechos mínimos de los trabajadores.

Así las cosas, realizado el cálculo en la forma antes explicada y teniendo en cuenta el salario acreditado en esta instancia, CAPRECOM reconocerá la suma de \$ 44.061 diarios, desde el 1º de mayo 2016 hasta la liquidación de la demandada, esto es, hasta el 27 de enero de 2017, de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL194 de 2019, SL390 de 2019, SL981 de 2019, entre otras), arrojando por este concepto \$11.764.376, monto que al verificarse inferior al ordenado en primer grado, se modificará por resultar en vía de consulta, más beneficioso para los intereses de la entidad accionada.

Para el efecto, se anexa a la presente decisión el cuadro aritmético realizado por la Sala respecto de las liquidaciones laborales antes citadas.

3. DEL PLAN DE RETIRO CONSENSUADO

Primigeniamente, la Sala llama la atención de la apelante por activa recordándole que, si bien para la sustentación del recurso de apelación no se tiene una regla para su formulación, lo cierto es que al menos debe indicarse lo que con él se pretende; esto es, modificar, adicionar o revocar lo decidido y a su vez, sus alegaciones deben guardar relación con la decisión atacada.

Ahora bien, pese a que ello no se atendió en la presente causa judicial, la Sala abordará el estudio del único punto materia de reproche, señalando al respecto que el artículo 26 del Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, se previó un Plan de Retiro Consensuado, otorgando la facultad al liquidador de elaborarlo y ejecutarlo para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados a la CAJA PREVISIÓN SOCIAL COMUNICACIONES, CAPRECOM, EICE, previa apropiación y disponibilidad presupuestal. En desarrollo de dicha potestad, solo hasta el 12 de abril de 2016, mediante resolución 000558, el liquidador materializó el aludido plan, emprendiendo la ejecución luego de contar con los recursos legalmente para el efecto, por lo que su aplicación no resulta razonable para los vínculos laborales que fenecieron antes de esta data.

De tal manera que, estando acreditado que a partir del 31 de enero de 2016, la demandante quedó desvinculada de la demandada; es decir, con anterioridad a la precitada ejecución del plan de retiro consensuado, tal como lo definió la jueza de primera oportunidad, no es posible acceder a su reconocimiento; es más, acoge esta Sala el concepto emitido por el Ministerio Público, según el cual, a la actora no le asiste ese derecho, porque el hecho de que el agente liquidador cuente con facultades para su implementación desde que se toma la decisión de liquidar la entidad, no genera derechos, per se, en favor de los trabajadores, sino hasta que nace a la vida jurídica el acto administrativo que lo implementa y ello, como ya se miró, ocurrió con posterioridad al retiro de la trabajadora, cuando además, al plenario no se allegó prueba de la solicitud de acogerse al referido plan de retiro.

En consecuencia, los argumentos vertidos por la recurrente no tienen el efecto de desvirtuar la decisión que sobre este aspecto adoptó la falladora de instancia.

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

Con la contestación de la demanda CAPRECOM formuló excepciones de fondo tendientes a enervar las pretensiones incoadas por la demandante, sin que alcancen prosperidad en la forma como se resolvió el caso en esta instancia.

En cuanto a la prescripción, conforme lo regulan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Dto. 1848 de 1969 y 151 del C.P.L. y S.S., las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, que para el caso ya fue estudiada anteriormente.

Quedan de esta manera atendidos todos los puntos planteados por este Cuerpo Colegiado y conforme se desata el recurso de apelación formulado por activa, la condena en costas en esta instancia estará a su exclusivo cargo y a favor de la parte demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que será liquidada 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. REVOCAR PARCIALMENTE y MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia 6 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de apelación por la parte activa de la Litis y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, el cual quedará así:

“**CONDENAR** a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE - hoy liquidada, administrada por la FIDUPREVISORA S.A. a pagar a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de LILIANA MARGARITA CÓRDOBA PORTILLO, los siguientes valores y conceptos:

- a. Auxilio de Cesantía, la suma de \$ 3.916.669
- b. Compensación en dinero de las vacaciones, la suma de \$1.958.334
- c. Prima de vacaciones, la suma de \$ 1.958.334
- d. Auxilio de transporte, la suma de \$ 1.870.600
- e. Dotación, la suma de \$3.171.200
- f. Auxilio de alimentación, la suma de \$1.249.165
- g. Prima de Navidad, la suma de \$ 2.834.377
- h. Indemnización por despido injusto, la suma de \$ 6.396.345
- i. Indemnización moratoria, la suma de \$11.764.376”

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia revisada en vía apelación y grado jurisdiccional de consulta, conforme lo explicado anteriormente.

TERCERO. CONDENAR en costas a la demandante LILIANA MARGARITA CÓRDOBA PORTILLO y a favor de la parte demandada PAR CAPRECOM LIQUIDADO – ADMINISTRADO POR ENCARGO FIDUCIARIO POR LA FIDUPREVISORA, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que será liquidada 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, de acuerdo con las razones que anteceden.

CUARTO. ANEXAR a la presente decisión el cuadro aritmético realizado por la Sala, en relación con la liquidación de prestaciones sociales y demás derechos reconocidos a favor de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LOPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO - SALA LABORAL

PROCESO 2019-00500
 DEMANDANTE LILIANA MARGARITA CORDOBA PORTILLO
 DEMANDADO PAR CAPRECOM LIQUIDADADO

RELACIÓN DE CONTRATOS								
ORDEN PRESTACION SERVICIOS	FOLIOS	PERIODO		DÍAS CONTRATO	VALOR CONTRATO	VALOR MES	VALOR PROMEDIO	AUXILIO TRANSPORTE
CR 52-013	19-23	10/01/2013	31/03/2013	81	\$ 3.431.700	\$ 1.271.000	\$ 1.271.000,0	\$ 70.500,00
CR 52-0104	25-29	1/04/2013	30/11/2013	240	\$ 10.168.000	\$ 1.271.000		
PRORR. ACTA 01-291	31-	1/12/2013	20/12/2013	20	\$ 847.333	\$ 1.271.000		
02	33-	21/12/2013	31/12/2013	10	\$ 423.667	\$ 1.271.000		
CR 52-006	35-39	7/01/2014	30/04/2014	114	\$ 5.022.992	\$ 1.321.840	\$ 1.321.840,0	\$ 72.000,0
PRORR.	42-	1/05/2014	27/06/2014	57	\$ 2.511.496	\$ 1.321.840		
CR 52-396	42-47	3/07/2014	3/08/2014	30	\$ 1.321.840	\$ 1.321.840		
CR 52-502	47-51	11/08/2014	30/09/2014	50	\$ 2.203.067	\$ 1.321.840		
CR 52-574	52-56	1/10/2014	31/12/2014	90	\$ 3.965.520	\$ 1.321.840		
CR 52-069	52-61	16/01/2015	30/06/2015	165	\$ 7.270.119	\$ 1.321.840		
CR 52-506	62-66	1/07/2015	31/12/2015	180	\$ 7.951.040	\$ 1.321.840	\$ 1.321.840	\$ 74.000
ADIC		1/01/2016	31/01/2016	30	\$ 1.321.840	\$ 1.321.840	\$ 1.321.840	\$ 77.700

PERIODO		COMPENSACIÓN DE VACACIONES								DIAS PERIOD	DIAS A COMP	TOTAL COMP. VAC.	TOTAL PRIMA VACACIONES
DESDE	HASTA	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUBS.ALIMEN.	1/12 B.S.	1/12 B. R.					
10/01/2013	31/01/2016	\$ 1.321.840	\$ -	\$ -	\$ 74.000,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	1.101	45,88	\$ 2.021.314	\$ 2.021.314
SUMA TOTAL											45,88	\$ 2.021.314	\$ 2.021.314

PERIODO		PRIMA DE NAVIDAD (SE CAUSA A 30/NOV X 1/12 X MES COMPLETO)										
DESDE	HASTA	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	SALARIO BASE.	DOCEAVAS	TOTAL P. NAV.
13/12/2013	31/12/2013	1.271.000,00	\$ -	\$ -	\$ 70.500	-	\$ -	\$ -	\$ 51.634,38	\$ 1.393.134	-	\$ -
1/01/2014	31/12/2014	1.321.840,00	\$ -	\$ -	\$ 72.000	-	\$ -	\$ -	\$ 55.076,67	\$ 1.448.917	12	\$ 1.448.917
1/01/2015	31/12/2015	1.321.840,00	\$ -	\$ -	\$ 74.000	-	\$ -	\$ -	\$ 55.076,67	\$ 1.450.917	12	\$ 1.450.917
1/01/2016	31/01/2016	1.321.840,00			\$ 77.700	-			\$ 4.589,72	\$ 1.404.130	1	\$ 117.011
SUMA TOTAL											\$ 3.016.844	

PERIODO		CESANTÍAS ANUALIZADAS (DESPUES DE 31/DIC/1996)												
DESDE	HASTA	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	1/12 P.N.	1/12 H.EXT.	S.B.	DÍAS	CESANTÍAS
10/01/2013	31/12/2013	1.271.000,00	\$ -	\$ -	\$ 70.500,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 51.634,38	-	\$ -	\$ 1.393.134	351	\$ 1.358.306
1/01/2014	31/12/2014	1.321.840,00	\$ -	\$ -	\$ 72.000,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 55.076,67	\$ 120.743	\$ -	\$ 1.569.660	360	\$ 1.569.660
1/01/2015	31/12/2015	1.321.840,00	\$ -	\$ -	\$ 74.000,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 55.076,67	\$ 120.910	\$ -	\$ 1.571.826	360	\$ 1.571.826
1/01/2016	31/01/2016	1.321.840,00	\$ -	\$ -	\$ 77.700,00	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 4.589,72	\$ 9.751	\$ -	\$ 1.413.881	30	\$ 117.823
SUMA TOTAL														\$ 4.617.616

INDEMNIZACIÓN DESPIDO DCTO. 2127 DE 1945			
PLAZO PRESUNTO	1/02/2016	9/07/2016	159
	Valor mes:		\$ 1.321.840
INDEMNIZACIÓN			\$ 7.005.752

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DTO 797 DE 1949			
DESDE	HASTA CIERRE CAPRECOM	DÍAS	SALARIO
1/05/2016	27/01/2017	267	\$ 1.321.840
TOTAL			\$ 11.764.376

AUXILIO DE TRANSPORTE				
PERIODO		DÍAS PERIODO	VALOR AUXILIO MES	VALOR AUXILIO AÑO
DESDE	HASTA			
13/12/2013	31/12/2013	18	\$ 70.500,00	\$ 42.300,00
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 72.000,00	\$ 864.000,00
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 74.000,00	\$ 888.000,00
1/01/2016	31/01/2016	30	\$ 77.700,00	\$ 77.700,00
TOTAL			\$ 1.872.000,00	

DOTACIÓN ROPA DE LABOR						
DESDE	HASTA	DÍAS PERIODO	# DOTACIONES AÑO	PROPORCIÓN	DOTACIÓN CONVENCION	TOTAL DOTACIÓN
13/12/2013	31/12/2013	18	4	0,20	\$ 400.780	\$ 80.156
1/01/2014	31/12/2014	360	4	4,00	\$ 382.800	\$ 1.531.200
1/01/2015	31/12/2015	360	4	4,00	\$ 410.000	\$ 1.640.000
1/01/2016	31/01/2016	30	4	0,33	\$ 410.000	\$ 136.667
TOTAL						\$ 3.388.023

SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN				
PERIODO		DIAS PERIODO	VALOR SUBSIDIO MES	VALOR AUXILIO AÑO
DESDE	HASTA			
13/12/2013	31/12/2013	18	\$ 46.192,00	\$ 27.715,20
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 47.551,00	\$ 570.612,00
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 49.767,00	\$ 597.204,00
1/01/2016	31/01/2016	30	\$ 53.634,00	\$ 53.634,00
TOTAL			\$ 1.249.165,20	

RESUMEN ACREENCIAS			
CONCEPTO	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	ACREENCIAS EN FIRME
CESANTÍAS	\$ 3.916.669	\$ 4.617.616	\$ 3.916.669
INTERESES S/CESANTIA	\$ 314.798	\$ -	\$ -
COMPENS. VACACIONES	\$ 1.958.334	\$ 2.021.314	\$ 1.958.334
PRIMA VACACIONES	\$ 1.958.334	\$ 2.021.314	\$ 1.958.334
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 2.834.377	\$ 3.016.844	\$ 2.834.377
INDEMNZA X DESPIDO SIN JUSTA CAUSA	\$ 6.396.645	\$ 7.005.752	\$ 6.396.645
INDEMNIZAC. MORATORIA	\$ 15.347.237	\$ 11.764.376	\$ 11.764.376
DOTACION ROPA LABOR	\$ 3.171.200	\$ 3.388.023	\$ 3.171.200
AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ 1.870.600	\$ 1.872.000,00	\$ 1.870.600
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	\$ 1.293.076	\$ 1.249.165,20	\$ 1.249.165,20
APORTES A SALUD	\$ 2.858.260	\$ -	\$ -
APORTES A PENSIONES	\$ 4.035.191	\$ -	\$ -
TOTALES	45.954.721,00	36.956.402,86	35.119.700,20

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. 520013105003-2020-00227-01 (448)

ACTA No. 255

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPM al RAIS adelantado por PORVENIR S.A. Solicita, en consecuencia, que se condene a esta última a trasladar a COLPENSIONES y a ésta recibir, las cotizaciones y el bono pensional existente en su cuenta individual provenientes de las entidades en las cuales trabajó y/o de las cajas de previsión social o entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliado, con la capitalización, indexación pertinente e intereses en mora. Solicita, por último, condenar a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a reconocer y pagar los perjuicios materiales e inmateriales causados al demandante, así como las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 26 de mayo de 1955 y cotizó al RPM entre el 25 de julio de 1988 y el 31 de julio de 2000; que sin mediar asesoría alguna el fondo PORVENIR S.A. promovió su traslado al RAIS; que el 3 de febrero de 2020, el fondo privado simuló su pensión arrojando que podía aspirar a una pensión de \$877.803 a los 65 años, lo que le resulta lesivo a sus intereses pensionales por cuanto, de permanecer en el RPM, aspiraría a una pensión mayor. Expone, finalmente, que el 6 de febrero de 2020 radicó reclamación

administrativa ante COLPENSIONES procurando la nulidad de afiliación y traslado, sin obtener respuesta.

En síntesis, manifiesta que nunca recibió una información detallada de su situación pensional, tampoco conoció que con su traslado perdería las ventajas del RPM, ni el monto pensional que ahora le ofrece el fondo privado que resulta inferior al salario percibido durante toda su vida laboral, lo que le afecta anímicamente y le genera constante preocupación alterando su salud.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado del 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 el demandante buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada (fls. 126 a 175).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen tiene plena validez, pues no se acreditaron vicios del consentimiento o falta de información que le resten eficacia y que, en todo caso, esta decisión fue un acto libre y voluntario del promotor del litigio, cumpliendo los requisitos legales. Advierte que el retorno del actor al RPM se solicitó en forma extemporánea y con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo.

De igual manera interviene el Ministerio Público, para enfatizar que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que el afiliado cuente con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Añade que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con

radicación 33.083 de 2011, reiterada en la SL-1452 de 2019, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico. No formula excepciones, pero solicita ordenar a la parte demandante gestionar la obtención de un certificado de información laboral ante el Hospital Departamental de Nariño que dé cuenta del tiempo laborado y la entidad a la cual realizó aportes al Sistema General de Pensiones (fls. 333 a 336).

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 1º de octubre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante con efectos a partir del 1º de agosto de 2000; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones del actor, bonos pensionales si hubiera lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, además de las cuotas de administración; a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos antes descritos, para que a futuro se consolide el derecho pensional del actor. Por último, condenó en costas a las administradoras pensionales PORVENIR S.A y a COLPENSIONES y pese a que ello no se plasmó en el acta de audiencia virtual obrante a PDF 19 del expediente, así se resuelve en el audio que la soporta.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, la apoderada de PORVENIR S.A., solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluidas las costas.

Para alcanzar tal cometido, 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 devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada que indubitablemente se refleja positivamente en la cuenta individual del accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas.

Considera, por tanto, que no se debe imponer condena alguna a su poderdante 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

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con base en iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en la imposibilidad de que el promotor de la Litis migre del sistema pensional, por extemporaneidad.

Aduce que aceptar los traslados por fuera de los términos establecidos por la ley lesiona la planeación, asignación y distribución de los recursos, cuando de conformidad con el acervo probatorio, es clara la voluntad del demandante de pertenecer en el RAIS. Finalmente, solicita la absolución de las costas, advirtiendo que no es posible modificar situaciones jurídicas consolidadas y que COLPENSIONES actuó dentro del marco normativo porque la solicitud de regresar al RPM se realizó con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, mediante la cual se declaró la exequibilidad de los incisos 4º y 5º de la Ley 100 de 1993, con base en la cual es posible recuperar el régimen de transición, como el aquí discutido.

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 de los apoderados judiciales de las demandadas

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 26 de noviembre de 2021.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., para insistir en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde 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 tanto su representada siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la Ley.

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

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 en cuanto a la declaratoria de ineficacia; empero, debe ser modificada para precisar que la devolución de los rendimientos ya contempla el aspecto de indexación, mismo que opera frente a la devolución de los gastos de administración. Finalmente, solicita revocar la condena en costas a cargo de COLPENSIONES por cuanto no participó en el acto jurídico del traslado.

CONSIDERACIONES

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Finalmente, para que opere la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, no se requiere contar con una expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un

derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptibles, irrenunciable e inalienable.

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

2) CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. CARLOS JESÚS NARVÁEZ MARTÍNEZ, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional se 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), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad

informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación vigente para el momento en que se surte el traslado, por una parte, brindar información y por otra, asesorar al afiliado llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante PORVENIR S.A., con efectividad el 1º de junio de 2000, según el formulario de afiliación No. 99-0223954 (fl. 83), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 7 de febrero de 1977 (fl. 20), con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que 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 del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se 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 y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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 modificado y adicionado.

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

Con ello se desata sin éxito la inconformidad que realizara 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 del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el 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 del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después y ésta jamás se traspone en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un 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 Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún*

trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”.

Lo anterior tampoco implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el 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.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

No corre la misma suerte la demandada COLPENSIONES, quien también la fustigó, pues su imposición no es una forma de castigar las conductas de las partes, como erradamente lo consideró la jueza de primer grado, sino una obligación que debe asumir quien resulte efectivamente vencido en el proceso. Ahora, como lo viene

sosteniendo este Cuerpo Colegiado, la presente contienda judicial se cimienta en actuaciones del fondo pensional privado que conducen a declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado, en el cual la administradora del RPM no participó y por ello, se insiste, es procedente que la misma sea exonerada de esta obligación.

Por consiguiente, la decisión de primera instancia será modificada en su numeral quinto con este propósito, pues a pesar de que en el acta de audiencia virtual no se plasmó la referida condena a cargo de COLPENSIONES, ello fue impuesto a viva voz por la jueza cognoscente y consignada en el audio que soporta la referida diligencia. De contera, se declarará probada la excepción de *imposibilidad de condena en costas* formulada oportunamente por el fondo público pensional.

4) EXCEPCIONES

Finalmente y como antes se explicó, se declarará prospera la excepción de *imposibilidad de condena en costas*, analizada en precedencia y se denegarán las restantes propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió; la misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior impone igualmente la modificación del numeral cuarto de la decisión objeto de estudio.

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1smlmv; esto es, \$1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 01 de octubre 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 del demandante CARLOS JESÚS NARVÁEZ MARTÍNEZ, a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causados. Además, las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que el actor permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

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

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**TERCERO. DECLARAR** no probados los medios exceptivos de defensa propuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con excepción de la AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO E INEXISTENCIA DEL DAÑO propuesta por PORVENIR S.A. y la IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR EN COSTAS formulada por el fondo público pensional, las cuales alcanzan prosperidad”.*

TERCERO. MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, con base en lo antes expuesto, el cual quedará así:

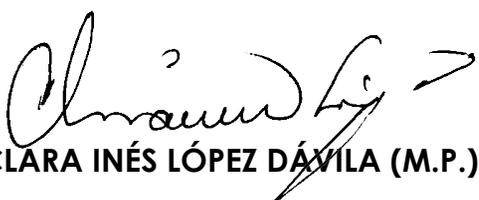
“**CUARTO. CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A., a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 3 smlmv”.

CUARTO. 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.

QUINTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1 smlmv, esto es \$1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2020-00249-01 (547)

ACTA No. 254

San Juan de Pasto, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad del traslado y afiliación efectuada al RAIS adelantado por PORVENIR S.A, por faltar al deber de información y buen consejo. En caso de que no proceda, solicita se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado, para que en cualquiera de los eventos y a manera de consecuencia, se declare que siempre permaneció en el RPM y serán la administradoras involucradas quienes ejecuten los trámites para validar el traslado. Pide, además, que PORVENIR S.A devuelva los aportes recibidos por concepto de cotizaciones, gastos de administración y demás emolumentos, debidamente indexados y con los respectivos rendimientos, así como las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 16 de agosto de 1956, cotizando al RPM desde el 1º de octubre de 1981 hasta el 30 de junio de 1995; que sin mediar asesoría alguna, el fondo INVERTIR Organismo Cooperativo, hoy PORVENIR S.A. promovió su traslado al RAIS; que el 13 de enero de 2020, el fondo privado simuló su pensión en tan solo \$877.803 pese a contar con 1.904 semanas y un saldo en la cuenta individual que asciende a \$155.736.193; que de haber permanecido en el RPM aspiraría una pensión mayor; que el 31 de enero de

2020, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la nulidad de traslado, la que finalmente, luego de agotar los recursos respectivos, le fue negada.

Expone, por último, que nunca recibió una información detallada de su situación pensional, tampoco conoció que con su traslado perdería las ventajas del RPM, ni que el monto pensional que ahora le ofrece el fondo privado resultaría inferior al ingreso percibido durante toda su vida laboral; por el contrario, la demandada guardó silencio para mantener su afiliación, que a todas luces resulta perjudicial a sus intereses.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado del 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 del demandante en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada (fls. 143 a 235).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen tiene plena validez, pues la decisión de trasladarse fue un acto libre y voluntario del promotor del litigio, sin vicios que le afecten, cuando además existen indicios de estar conforme con el RAIS del cual ahora es parte, pues permaneció en él por más de 10 años, tal como lo determina la CSJ. Por esta razón, considera que no puede desprenderse o deshacer las consecuencias que tal decisión apareja. Formula en defensa de los intereses de su prohijada varias excepciones de fondo (fls. 78 a 142).

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 26 de octubre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del

demandante con efectos a partir de agosto de 1994; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones del actor, bonos pensionales si hubiera lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, además de las cuotas de administración; a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos antes descritos, para que a futuro se consolide el derecho pensional del actor. Por último, condenó en costas a las administradoras pensionales PORVENIR S.A y a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, el apoderado de PORVENIR S.A. solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluida las costas. Sustenta su recurso en que se trata de una sentencia fiel a otras proferidas por el despacho, en las que igualmente la prueba ha sido insuficiente y solo se ha contado con el interrogatorio de parte rendido por un demandante a quien le favorecen sus declaraciones, agregando que la información suministrada era la disponible en ese momento.

Ratifica que no existe afectación de la voluntad del demandante y en todo caso, de ésta se derivó la celebración de un acto o contrato libre, que debe ser considerado eficiente. Agrega que la falta de información a la que se refiere la demanda no puede considerarse como la única circunstancia que dio lugar a la afiliación porque ello desconoce otros aspectos como la condición laboral, la formación académica, sus expectativas de futuro, su situación personal y familiar, entre muchas otras, que no han merecido ningún tipo de estudio dentro del proceso.

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

Finalmente, considera que existe un desequilibrio procesal, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el despacho, el solo dicho de la demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que se le de valor alguno a las manifestaciones de la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

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

Sostiene, que no se demostró una indebida información o engaño por parte de PORVENIR S.A., pues además existe una ratificación del deseo de permanencia en el RAIS, la que se puede confirmar con solicitudes de información de saldos, actualizaciones, asignación de claves, entre otros, tal como lo ha definido la jurisprudencia.

Por último, manifiesta que, aunque los fondos privados trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización. Solicita, por tanto, absolver a su representada de la condena en costas, pues lo que busca es la defensa de la sostenibilidad económica del régimen que administra dentro del sistema pensional, esto es el RPM.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por las partes demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, 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 1°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 22 de junio de 2022.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., para insistir en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde 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 tanto su representada siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la Ley.

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

El delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, en su concepto final, pide que la decisión impartida por la jueza cognoscente se confirme en cuanto a la declaratoria de ineficacia; empero, debe modificarse para precisar que la devolución de los rendimientos ya contempla el aspecto de indexación, mismos que operan frente a la devolución de los gastos de administración. Expone que el fondo privado deberá asumir con cargo a sus recursos, la diferencia que se presente en el monto trasladado y que resulta imperativo revocar la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, por cuanto no participó en el acto jurídico del traslado.

Finalmente interviene la apoderada judicial de la parte demandante quien solicita confirmar la sentencia de primer grado, en tanto el acto de afiliación se encuentra viciado, por haber faltado PORVENIR S.A. a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo, pues dentro del proceso no se acreditó lo contrario y por tanto, se infiere el incumplimiento de lo dispuesto en la norma y el precedente jurisprudencial.

CONSIDERACIONES

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

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 Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

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

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 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 SL5514de 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 al demandante Sr. OSCAR ALFREDO RODRÍGUEZ TORRES, 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 se le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

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

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación vigente para el momento en que se surte el traslado, por una parte, brindar información y por otra, asesorar al afiliado llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante PORVENIR S.A., con efectividad el 1º de septiembre de 1994, según el formulario de afiliación No. 070350 (fl. 39), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 1º. de octubre de 1981 a través de PREVINAR, igualmente a cargo de este régimen pensional a la luz de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el artículo 34 del decreto 692 de 1994, con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Situación que impone modificar en el numeral segundo, en el sentido de declarar la ineficacia a partir de la fecha de efectividad antes anotada, toda vez que, si bien el formulario de traslado se suscribió el 8 de agosto de 1994, el mismo no surtió validez sino hasta el 1º de septiembre de la misma anualidad, conforme lo manifiesta la misma demandada (fl. 45).

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que 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 del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se 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 y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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 modificado y adicionado.

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

Con ello se desata sin éxito la inconformidad que realizara 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 del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el 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 amporen el derecho a la Seguridad Social del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después y ésta jamás se traspone en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un 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 Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”*.

Lo anterior tampoco implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el 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.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, para resolver el recurso de alzada increpado por el apoderado judicial de

la demandada COLPENSIONES, debe señalarse que le asiste razón, pues la imposición de la condena, tal como lo hizo la juzgadora de primer grado, no debe entenderse como una forma de castigar las conductas de las partes, sino como una obligación que debe asumir quien resulte efectivamente vencido en el proceso. Ahora, como lo viene sosteniendo este Cuerpo Colegiado, la presente contienda judicial se cimienta en actuaciones del fondo pensional privado que conducen a declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado, en el cual la administradora del RPM no participó y por ello, se insiste, es procedente que la misma sea exonerada de esta obligación.

Por consiguiente, la decisión de primera instancia será modificada en su numeral quinto con este propósito. De contera, se declarará probada la excepción de *imposibilidad de condena en costas* formulada oportunamente por el fondo público pensional.

4) EXCEPCIONES

Finalmente y como antes se explicó, se declarará prospera la excepción de *imposibilidad de condena en costas*, analizada en precedencia y se denegarán las restantes propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió; la misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior impone igualmente la modificación del numeral cuarto de la decisión objeto de estudio.

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1smlmv; esto es, \$1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de octubre 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 ahorros del señor OSCAR ALFREDO RODRÍGUEZ TORRES a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causados. Además, las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que el actor permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

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

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**TERCERO. DECLARAR** no probados los medios exceptivos de defensa propuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con excepción de la IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulada por el fondo público pensional, la cual alcanza prosperidad”.*

TERCERO. MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, con base en lo antes expuesto, el cual quedará así:

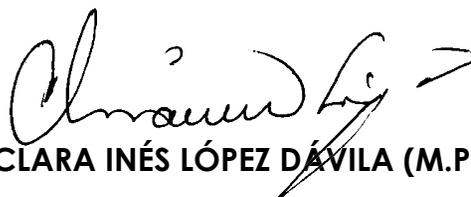
*“**CUARTO. CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A., en cuantía equivalente a 3 smlmv a favor de la parte demandante por concepto de agencias en derecho”.*

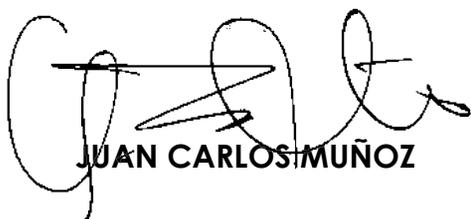
CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

QUINTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1 smlmv, esto es, \$1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO