

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. 2019-00043-01 (470)

En San Juan de Pasto, a los tres (3) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede 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 **DORIS ESTHER GUERRERO** contra el **HOSPITAL EDUARDO SANTOS E.S.E. DE LA UNIÓN**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Obrando de conformidad con las previsiones del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dicta el siguiente,

AUTO

La apoderada de la parte demandada en la fecha señalada para proferir sentencia presenta escrito contentivo de nulidad manifestando que, al versar el presente asunto sobre la validez de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el sublite no es de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral sino de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, para tal efecto se fundamenta en el auto 492 de 2021, proferido por la Corte Constitucional.

Dicha nulidad se procederá a rechazar de plano de conformidad con los artículos 135 y 43 numeral 2° del C.G.P., que establecen respectivamente que *“El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en la causal distinta de las determinadas en este Capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas...”* y *“Rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”*, por las siguientes razones:

1. El artículo 102 del CGP, establece que los hechos que configuren excepciones previas no podrán ser alegados por las partes como causal de nulidad cuando desaprovecharon la oportunidad de alegar la respectiva excepción previa, en la oportunidad respectiva, por cuanto en efecto la Falta de Jurisdicción y de Competencia, se encuentra contemplada como excepción previa según el artículo 100 del CGP.

2. Aunado a lo anterior, el artículo 53 de la CP, autoriza al Juez Ordinario de la Especialidad Laboral para declarar el contrato laboral realidad cuando para ocultarlo se haya acudido a otras figuras como el contrato de prestación de servicios, competencia que se encuentra desarrollada en el artículo 2º numeral del 1º del CPT y de la SS.
3. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, adquiere competencia con la sola manifestación que haga el demandante en la demanda de la existencia de una relación laboral, como en efecto sucede en el presente asunto, ver sentencia del 5 de Diciembre de 1952 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la del 9 de julio de 2014, radicación No. 43.847, precedentes que la Sala está facultada a seguir por provenir de nuestra superioridad dentro de la Jurisdicción Ordinaria, y abordar casos similares al que nos ocupa.
4. Como se verá más adelante en el sublite la demandante acreditó ostentar la calidad de trabajadora oficial al servicio de la ESE demandada, al igual que la presencia de los elementos que configuran el contrato de trabajo de índole oficial.
5. En esta instancia procesal la nulidad deprecada resulta extemporánea a voces del artículo 134 del C.G.P., puesto que la causal invocada no es ocasionada por la sentencia de primera instancia, sino que como se dijo debía alegarse en el momento procesal oportuno como excepción previa.

Así las cosas, por las anteriores razones se insiste se rechazará de plano la nulidad deprecada por la parte demandada.

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 del ente demandado, por resolverse desfavorablemente la nulidad propuesta. 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 un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma total de \$1.000.000, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **RECHAZAR** de plano la nulidad deprecada por la parte demandada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **CONDENAR EN COSTAS** a cargo del hospital demandado y a favor de la parte demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$1.000.000, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G. del P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 297. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos.

A continuación, 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 artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se dicta la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

DORIS ESTHER GUERRERO, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra del **HOSPITAL EDUARDO SANTOS ESE DE LA UNIÓN**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que existe una relación laboral sin solución de continuidad desde el 1º de abril de 2009 que se mantiene hasta la actualidad. Consecuencialmente, solicitó el pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que se vinculó con la entidad demandada a través de contratos de prestación de servicios desde el 1º de abril de 2009, cuyos objetos contractuales fueron la prestación de servicios generales. Que como consecuencia de un accidente de trabajo acaecido el 24 de julio de 2016, le fue diagnosticado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño “contusión de rodilla y “condromalacia rotula postraumática”, asignándole una pérdida de capacidad laboral del 11,70%. Que a partir del 1º de noviembre de 2018 no le renovaron el contrato de prestación de servicios hasta el 7 de marzo de 2019; no obstante, en virtud de una orden judicial de tutela fue reintegrada a partir del 8 de marzo de 2019. Que las actividades encomendadas las ejecutó de manera directa y personal en los horarios indicados en el hecho 17.1 de la demanda. Que su empleador no le ha cancelado las acreencias laborales que le corresponden.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Civil del Circuito de la Unión Nariño Despacho que admitió la demanda mediante auto del **30 de octubre de 2019** (Fls. 258-259), en el que se ordenó la notificación de la entidad demandada y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, la parte accionada por medio de apoderado judicial contestó la demanda, manifestando su oposición frente a los hechos y pretensiones expuestas por la demandante, pues aseguró que con este último existió una relación de carácter civil, debidamente permitida y regulada en la Ley 80 de 1993. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de "FALTA DE DERECHO PARA EXIGIR EL PAGO DE UNOS DERECHOS PRESTACIONALES COMO SI SE TRATASE DE UNA TRABAJADORA OFICIAL", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "NO DERECHO A INDEMINIZACIÓN MORATORIA POR EXISTENCIA DE BUENA FE DE LA DEMANDADA", "PAGO", "PRESCRIPCIÓN", entre otras. (Fls. 267-283).

El Juzgado de Primer Grado el **26 de agosto de 2021**, 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 se declaró fracasada la etapa de conciliación, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 356- 358).

El **14 de octubre de 2021**, se llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que se recepcionaron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y, clausurado el debate del mismo, el Juzgado Civil del Circuito de la Unión Nariño, declaró que entre las partes se configuraron cuatro contratos laborales así: desde el 1º de abril de 2009 hasta el 31 de julio de 2011; 4 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013; 1º de enero de 2014 hasta el 30 de marzo de 2015, y desde el 1º de julio de 2015 hasta la presente fecha, existiendo solución de continuidad entre esos contratos. Condenó a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones compensadas, auxilio de transporte, por valor total de \$29.905.103,24 indexado. Así mismo, ordenó el pago del cálculo actuarial de los anteriores periodos y que se indemnice a la demandante por los pagos realizados por ella de los periodos cotizados de manera independiente. Declaró probada la excepción propuesta de buena fe y de manera parcial la excepción de prescripción. Condenó en costas a la demandada. (Fls. 439-441). El Juez A Quo, concluyó que entre las partes por primacía de la realidad sobre las formas existieron varios contratos de trabajo en los extremos establecidos, destacando que el ultimo nexo contractual se encuentra vigente a la fecha de la sentencia, procediendo a efectuar la liquidación respectiva, en la que indicó que las cesantías no se encontraban prescritas y que las demás acreencias laborales lo estaban de manera parcial teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

La apoderada del Hospital demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, al considerar que entre las partes no existió una relación de carácter laboral sino una de tipo civil

de conformidad con la Ley 80 de 1993 artículo 32, contrato que asegura se cumplió con autonomía e independencia sin sujeción de reglamentos o manual de funciones con una duración definida, por lo cual no es posible reconocer salarios ni prestaciones sociales, más aún cuando la continuidad contractual de la demandante devino de una orden de tutela que protegió su derecho a la estabilidad laboral reforzada, pero que no declaró la existencia de una relación laboral. Adicionalmente, cuestionó el reconocimiento de los derechos laborales causados hasta la fecha de la sentencia, pues sostiene que corresponden a una condena extra petita, en tanto, se hizo el reconocimiento de acreencias que no fueron solicitadas con la demanda contrariando lo dispuesto en el artículo 50 del C.P.T y de la S.S., debido a que no existe prueba que acredite la prestación personal del servicio ni el salario, ni mucho menos se brindó la oportunidad de referirse a los periodos con posterioridad al año 2019 ni frente a su liquidación, vulnerándose el debido proceso, derecho de defensa y contradicción. Por otro lado, manifestó que, si bien se reconoció la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 16 de octubre de 2016, las cesantías se reconocieron sobre cuatro vínculos laborales declarados, sin tener en cuenta que respecto de los primeros nexos contractuales las cesantías habían prescrito.

En cuanto a las demás prestaciones sociales liquidadas adujo que desconoce cuál fue la base salarial tomada, advirtiendo además que el Juez A Quo liquidó el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2018 al 7 de marzo de 2019, lapso que no fue laborado por la demandante. Finalmente, se opuso a la condena por intereses a las cesantías en razón a que no se encuentran en cabeza del empleador, situación que debió ser analizada por la primera instancia más aún cuando a la demandante se le atribuyó la condición de trabajadora oficial, por lo tanto, no le aplican las normas del derecho sustantivo.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso interpuesto fue admitido 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 así:

El apoderado de la parte actora, solicitó se confirme la decisión de la primera instancia, debido a que con base en la prueba documental y testimonial se acreditaron los elementos del contrato de trabajo según lo dispone el Decreto 2127 de 1945.

La apoderada del hospital demandado reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, agregando que se debe revocar el numeral 3º de la sentencia, referente a la condena por concepto de indemnización en favor de la actora relacionado con la devolución de los aportes al sistema integral de seguridad social desde el año 2009 y hasta el 2021, en razón a que frente a estos operó la prescripción.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, indicó que entre las partes existieron contratos de trabajo, con los siguientes extremos temporales: 1) del 1º de abril de 2009 al 31 de julio de 2011, 2) del 4 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013, 3) del 1º de enero de 2014 al 30 de marzo de 2015 y 4) del 1º de julio de 2015 hasta la fecha. Indicó que la demandante radicó ante el HOSPITAL reclamación administrativa el 07 de junio de 2019

interrumpiendo la prescripción, de tal manera que prescriben los contratos pactados antes del 07 de junio de 2016, es decir, los tres primeros señalados en el párrafo anterior, quedando vigente solo el último a partir del 1º de julio de 2015. Concluyó que la demandante tiene derecho por el vínculo laboral indicado, a que el Hospital demandado le reconozca y pague: auxilio de transporte, compensación de vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses a la cesantías y sanción por no pago de intereses a las cesantías y a que se le pague en su favor el cálculo actuarial liquidado por la administradora de pensiones donde esté afiliada por los ciclos no pagados durante el tiempo realmente laborado desde el 1º de abril de 2009, como al reintegro de los montos por ella cancelados que le correspondían pagar al empleador, razones por las que aduce la sentencia de primera instancia se debe confirmar.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la apoderada del Hospital Eduardo Santos ESE de la Unión, la Dra. Inés Reyes Eraso, presenta sustitución del poder a ella conferido (fl. 331), de conformidad con el artículo 75 del C.G. del P, se procederá a reconocer personería a la abogada Ángela Marcela Bastidas Tapia, identificada con la cedula de ciudadanía No 1.085.286.166 y portadora de la tarjeta profesional No 243328 del C.S. de la J, para actuar como apoderada SUSTITUTA del ente demandado.

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

CONSIDERACIONES.

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por la apelante al proveído impugnado, por lo tanto, le corresponde a esta Sala de decisión establecer si entre las partes se encuentra acreditada la relación laboral en los extremos señalados por el Juez A Quo. En caso afirmativo, revisar la liquidación contentiva de las condenas impuestas al ente demandado, así como la procedencia de los intereses de cesantías.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y CALIDAD DE SUS SERVIDORES

Sea lo primero señalar que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la prestación del servicio de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, las cuales se constituyen en una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, siendo por tanto la naturaleza jurídica de la demandada la de una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN MUNICIPAL.

Por otra parte, en cuanto a la categorización de sus servidores, corresponde dar aplicación al artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud y clasificó los

empleos “para la organización y prestación de los servicios de salud”, determinando en su párrafo que son trabajadores oficiales “quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”.

En consecuencia, para la categorización de quienes laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado, se acogió como principio general de clasificación el criterio orgánico, es decir, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de manera excepcional al criterio funcional, consultando la naturaleza de la labor desempeñada, para calificar como trabajadores oficiales a quienes desempeñen cargos no directivos de servicios generales.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1334 del 18 de abril de 2018 radicación No 63727, en la que reiteró lo dicho en sentencia SL18413 del 7 de noviembre de 2017, radicación No 46128, explicó qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales» dentro de una E.S.E, pues indicó:

“Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

«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».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 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.

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, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro de tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería”

Por lo tanto, le corresponde a la promotora del litigio para ser clasificada como trabajadora oficial, en virtud del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 167 del C. de G. P. aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., acreditar indubitablemente que su labor estaba relacionada con el mantenimiento de la planta física hospitalaria, desempeñándose en cargos no directivos o que ejerció funciones de servicios generales.

ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO – EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sea lo primero señalar que de conformidad con los contratos de prestación de servicios visibles a folios 49 a 156, y de la certificación expedida por la Oficina de Talento Humano de la demandada que obra a folios 293 a 297, se extrae que la demandante fue contratada para prestar servicios de aseo, limpieza y desinfección de las áreas administrativas, asistenciales y adyacentes de la ESE, actividades que también fueron corroboradas con la prueba testimonial que se analizará más adelante, por lo tanto, ejecutó funciones relacionadas con servicios generales en la planta física del ente demandado, por lo que la condición de trabajadora oficial de la demandante se encuentra acreditada.

Ahora bien, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª de 1945, establece como elementos esenciales del contrato de trabajo: *a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del este respecto del patrono, que le otorga la facultad de imponerle o darle órdenes y vigilar su cumplimiento y c) El salario como retribución del servicio.*

A su vez turno el artículo 20 *ibídem* establece una presunción así: *“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.”*

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

Sobre este aspecto, se advierte que en el presente asunto la demandada con el escrito de contestación de la demanda aceptó que la actora se vinculó mediante contratos de prestación de servicios, situación que a la luz de lo preceptuado en el artículo 193 C. G. del P., aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., se erige como confesión por apoderado judicial, pues ello además encuentra soporte como se dijo anteriormente en los contratos de prestación de servicios visibles a folios 49-156, en los que se registra que la demandante cumplió funciones de servicios generales, como en efecto dio cuenta la testigo BLANCA NELLY VALDEZ ORTIZ.

SUBORDINACIÓN y CONTINUADA DEPENDENCIA

Demostrada la prestación del servicio de la actora en favor de la demandada, es procedente dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, invirtiéndose la carga de la prueba en cabeza del presunto empleador, por tanto, está a cargo de la parte accionada desvirtuarla.

En efecto, del testimonio rendido por **BLANCA NELLY VALDEZ ORTIZ**, quien al igual que la actora ejecutó labores de servicios generales desde el año 2007 hasta el año 2015, se extrae que esas actividades la promotora de la litis las cumplió bajo las órdenes e instrucciones de una jefe inmediata y en el horario que esta última les asignaba según el cronograma mensual, circunstancias todas estas que no son propias de un contrato de prestación de servicios, lo que conduce a concluir que la demandante no actuaba con autonomía ni independencia para cumplir con el objeto contractual, pues desarrolló sus funciones bajo continuada subordinación de la entidad demandada, configurándose un contrato realidad según las voces del artículo 53 de la C.P.

Cabe advertir, que la Sala no desconoce los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referentes a que el proporcionar ciertas directrices, no comporta la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes, pues es factible impartir instrucciones para el logro de los objetivos contratados, situación que no se ajusta al caso bajo estudio ya que a la demandante no solo le eran impartidas órdenes sino que también la entidad demandada fijaba el horario que debía cumplir.

Conforme a lo expuesto, la Sala concluye que es por demás evidente que la contratación de la actora por parte de la entidad accionada a través de contratos de prestaciones de servicios fue aparente y que en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la Carta Política, la vinculación existente entre las partes se encontró regida por un contrato de trabajo.

SALARIO O REMUNERACIÓN Y EXTREMOS

Al respecto, es claro que de acuerdo con los documentos que reposan entre folios 49 a 156 del expediente, la demandante percibía mensualmente como empleada de servicios generales una remuneración, de tal manera que este elemento se encuentra comprobado, situación que le permite concluir a esta Sala de Decisión que la vinculación existente entre la demandante DORIS ESTHER GUERRERO y el HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE LA UNIÓN NARIÑO, se encontró regida por varios contratos de trabajo conforme lo establece el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, en los siguientes extremos temporales; desde el 1º de abril de 2009 hasta el 31 julio de 2011; del 4 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013; del 1º de enero de 2014 al 30 de marzo de 2015 y del 1º de julio de 2015 al menos hasta la fecha en que se profirió la sentencia la primera instancia, pues si bien la parte demandada manifiesta su inconformidad en cuanto el extremo final de la relación laboral; la Sala confirmará el fijado por el juez de instancia esto es, el 14 de octubre de 2021, por las siguientes razones:

Obra en el expediente la siguiente prueba documental relacionada con dicho extremo final

- a) Certificación de la Jefe de Talento Humano, aportada por la misma entidad accionada con la contestación de la demanda, en donde se informa que el último contrato de prestación de servicios se prolongó al menos hasta el 30 de abril de 2020 (Fls. 297).
- b) Certificación aportada por COLMENA SEGUROS con la cual se establece que el hospital demandado mantuvo afiliada a la demandante a Riesgos Laborales al menos

hasta el 1º de junio de 2020, la cual se ratifica con la certificación visible al folio 404, expedida por la misma empresa COLMENA SEGUROS. (Fl. 389).

Los anteriores documentos fueron aportados al proceso dentro de las oportunidades probatorias respectivas y pudieron haberse controvertido por la parte accionada en la forma establecida en el artículo 269 del CGP, sin embargo, omitió dicha actuación habiendo operado el reconocimiento implícito de los mismos.

No obstante lo anterior, la parte demandante claramente manifestó en los hechos del libelo introductorio que la relación laboral hasta la fecha de radicación de la demanda se encontraba vigente, solicitando en las pretensiones que se declare la relación laboral desde el 1º de abril de 2009 hasta la actualidad, siendo que la parte demandada durante el transcurso del proceso y aún hasta los alegatos de conclusión, no demostró y ni siquiera afirmó que la misma haya terminado, carga probatoria que le correspondía de conformidad con el artículo 167 del CGP, frente a la afirmación indefinida de vigencia del contrato de trabajo que hizo la parte actora.

Frente a la afirmación de la parte demandada relacionada con que no se pueden reconocer las prestaciones reclamadas hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, la Sala debe precisar que no le asiste razón puesto que contrario a lo por ella afirmado el artículo 50 de CPL y de la SS, faculta al juez de primera instancia para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, norma que debe interpretarse en concordancia con el artículo 281 del CGP, en cuanto establece que *“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”*, sin que en el presente asunto se haya demostrado que la relación laboral terminó, puesto que, a lo largo del proceso las partes en contienda tácitamente avalaron la continuación de la misma.

Por otro lado, contrario a lo que sostiene la parte demandada resultaba dable liquidar las condenas que fueran procedentes hasta la fecha de la sentencia de primer grado; sin embargo, revisado el anexo contentivo de las liquidaciones se encuentra que el Juez A Quo, a pesar de que declaró el último contrato hasta el 14 de octubre de 2021 fecha de la sentencia de primera instancia, solo liquidó las acreencias laborales hasta el 31 de diciembre de 2020, situación que no fue protestada por la parte actora, por ende, se mantendrá incólume, puesto que lo contrario afectaría los intereses del apelante único y ocasionaría la vulneración del principio de la Non Reformatio In Pejus, previsto en el artículo 31 de la C.P.

En cuanto a los derechos laborales y de seguridad social causados con posterioridad a la sentencia de primera instancia, la Sala carece de competencia para estudiar y decidir sobre ese punto, por no haber sido objeto de apelación por la parte afectada, esto es, la parte demandante, y de igual manera frente al respeto del Principio de la No Reformatio In Pejus a favor del apelante único.

Finalmente, conviene advertir que contrario a lo que asegura la apoderada del hospital convocado a juicio, el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2018 al 7 de marzo de 2019, debe

tomarse como lapso laborado por la demandante, pues si bien en efecto, esta no prestó servicios lo fue debido a que la entidad demandada la desvinculó, situación que fue analizada en acción de tutela por los juzgados respectivos quienes protegieron su derecho a la estabilidad laboral reforzada, ordenándole a la convocada a juicio “*renovar el contrato de prestación de servicios*” (Fls. 157 -174), por ende, no puede concluirse que existió solución de continuidad en ese periodo.

En conclusión, se encuentran acreditados los elementos del contrato de trabajo, así como la condición de trabajadora oficial de la demandante, en tanto, desempeñó labores de servicios generales para el ente demandado en los extremos temporales antes referidos.

PROCEDENCIA DE DERECHOS LABORALES A FAVOR DE LA ACTORA

El Juez A Quo impuso condena por los siguientes conceptos, entre otras: sanción por no pago de intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero y auxilio de transporte, los mismos que a pesar de que los liquidó aplicando normas del CST, siendo esto erróneo al ser la demandante una trabajadora oficial como ya se dejó en claro, cuyos derechos se encuentran contemplados en la Ley 6 de 1945 y Decreto 2127 del mismo año; sin embargo, dichos conceptos y valores se mantendrán incólumes al no haber sido protestados por la parte demandada, quien únicamente manifestó incertidumbre en cuanto al salario básico tomado con posterioridad al año 2019, lo cual se puede disipar observando el anexo contentivo de las operaciones aritméticas que el Juez de Primer Grado anexó a la sentencia, de donde se extrae que para el 2019 tomó como salario base la suma de \$983.000 y lo mismo para el 2020, lo cual no es desfazado puesto que de conformidad con los contratos aportados se observa que la demandante devengó los siguientes salarios.

AÑOS	SALARIO
Año 2015	\$ 762.000
Año 2016	\$ 796.000
Enero - junio 2017	\$ 827.800
Julio-Diciemb.2017	\$ 900.000
Año 2018	\$ 945.000
1-I a 8-III 2019	\$ 945.000
9-III a 31-XII 2019	\$ 983.000
Enero a Abril 2020	\$ 1.042.000

Con relación con el auxilio de cesantías expone la parte apelante que las mismas se reconocieron sobre los 4 vínculos laborales declarados sin tener en cuenta que la prescripción se declaró con anterioridad al 16 de octubre de 2016, habiendo operado respecto de los primeros 3 nexos contractuales.

Al respecto la Sala precisa que sería del caso liquidar las cesantías causadas respecto de los contratos que rigieron a las partes entre el 1º de abril de 2009 y 30 de marzo de 2015, si no fuera porque operó la prescripción de las mismas, pues el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968 y el artículo 102 de su reglamentario 1848 de 1969, disponen que las acciones que emanan de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo del escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, interrumpe la prescripción pero solo por una lapso igual.

Siendo ello así, se tiene que las cesantías causadas a favor de la actora respecto de los contratos vigentes entre el 1º de abril de 2009 al 31 de julio de 2011, 4 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013 y 1º de enero de 2014 al 30 de marzo de 2015, se encuentran prescritas, por cuanto el reclamo de dicho derecho se hizo con la presentación de la demanda, pues así lo concluyó el Juez A Quo, esto es, el 16 de octubre de 2019 (Fl. 256), data que no fue objeto de controversia por la parte actora, luego entonces, interrumpió parcialmente la prescripción respecto del último contrato laboral, es decir, el ejecutado entre el 1º de julio de 2015 vigente hasta la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, es decir, las causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2016, se encuentran prescritas, esto es, respecto de los tres primeros vínculos laborales declarados, pues no estamos en presencia de una sola relación contractual sino de varias.

Caso contrario ocurre con las cesantías del último contrato como quiera que dicho término se computa desde la terminación del vínculo laboral, habida consideración que es a partir de ello que surge para el empleador la obligación de entregar directamente al extrabajador los saldos de cesantías que tenga en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en consonancia con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia de 10 de agosto de 2010, radicación No. 34393.

En el sublite, si bien no se encuentra acreditada la terminación del contrato las cesantías del último contrato laboral, no se encuentran prescritas, por ello, deberán ser consignadas por el empleador al fondo que ésta se afilie, por ende, le asiste razón a la apoderada de la parte demandada cuando aduce que el Juez A Quo se equivocó al cuantificar las cesantías de los primeros nexos laborales declarados.

Así las cosas, el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, fue creado para los trabajadores del sector privado con la Ley 50 de 1990, pero con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se extendió a los públicos del nivel territorial y consiste en que el empleador el 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por anualidad o fracción, consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado, debiendo en tal punto aclarar en este tópico el numeral segundo de la sentencia objeto de apelación, lo cual es dable aún hacerlo de oficio de conformidad con el artículo 285 del C.G.P., ya que conviene advertir que el espíritu que guio el concepto laboral de cesantías al legislador, fue el de proteger al trabajador para las épocas en que se encuentre cesante, esto es, en que termine su contrato de trabajo y por lo tanto debe darse cumplimiento a la Ley 50 de 1990 aplicable a los trabajadores del orden territorial en virtud de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por ende, se repite estos valores deberán girarse y consignarse al fondo de cesantías al que se afilie la actora o al que se encuentre afiliada, ya que si bien este no fue un punto de apelación, la Sala tiene competencia para eso en virtud del artículo 66A C.P.T y de la SS, en cuanto establece que el principio de consonancia o congruencia no riñe con los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, en este caso el derecho a preservar sus cesantías dando aplicación a los fines que persiguió la ley para tal efecto

En ese orden de ideas, se mantendrán las cesantías causadas en vigencia del último contrato este es desde el 1º de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2020, que según el anexo de liquidación ascendieron a \$5.988.718,33 indexadas, monto que no fue protestado por las partes por ello, se mantendrá incólume.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Solicitó la apoderada de la parte demandada se absuelva a la demandada de la condena impuesta por el Juez A Quo, por cuanto considera que la misma no procede en cabeza del empleador según el criterio vertido al respecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, la Sala trae la sentencia SL5055 del 25 de octubre de 2021 en la que sobre el tema indicó:

[...] el artículo 13º de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990 [...]

Por consiguiente, teniendo en cuenta dicho precedente, así como también, que el artículo 1º del Decreto 1252 de 2000 «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», remite a igual compendio normativo, en todo lo relacionado con el pago de las cesantías de los trabajadores oficiales, sin distinguir la categoría de la entidad pública, al disponer:

Artículo 1º. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.”

Adicionalmente en sentencia SL 1174 de 2022, en un caso similar al estudiado nuestro órgano de cierre indicó que la procedencia de los intereses así:

“En cuanto a los intereses a la cesantía importa destacar que los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 1.º del Decreto 1582 de 1998 consagran que los trabajadores oficiales del nivel territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 se les aplicará el régimen de liquidación y pago de cesantías conforme a la Ley 50 de 1990, que en su artículo 99 consagra aquellos intereses. Por tanto, se ordenará su pago en favor del demandante.”

Así las cosas, procede la condena por concepto de intereses a las cesantías, en el monto que fijó el Juez A Quo, el cual no fue protestado.

APORTES DEJADOS DE CANCELAR POR EL EMPLEADOR A FAVOR DE LA TRABAJADORA AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN Y DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Condenó el Juez A Quo al Hospital Eduardo Santos ESE, “a pagar el cálculo actuarial, liquidado por la entidad pensional a la cual pertenezca la señora Doris Esther Guerrero, identificada con C.C.

No. 34.559.471, por los periodos comprendidos entre: el primero del 1 de abril del 2009 hasta el 31 de julio de 2011, el segundo del 4 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, el tercero del 1 de enero de 2014 hasta el 30 de marzo de 2015, y el cuarto del 1 de julio de 2015 hasta la presente fecha, y que no se encuentren cancelados, decretando además se indemnice a la parte actora por los pagos realizados por ella de los periodos cotizados en este interregno de manera independiente”.

Al respecto conviene advertir, que la decisión adoptada no fue clara ni precisa, por lo tanto, la Sala con fundamento en el artículo 285 del CGP y en el artículo 66 del CPT y de la SS., aclarará el numeral tercero, en cuanto establece que el principio de consonancia o congruencia no riñe con los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, por ello, se ordenará al hospital demandado cancelar a favor de COLPENSIONES o al FONDO DE PENSIONES al que se encuentre afiliada la demandante, el respectivo cálculo actuarial que esa entidad realice para que se reconozca el tiempo de servicio prestado como cotizado -ver sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015-, por los periodos que se relacionan a continuación según se extrae de la historia laboral visible a folios 427-432 y teniendo en cuenta como IBC los salarios devengados por la demandante, según se desprende de los contratos de trabajo aportados en el proceso referido visibles a folios 49 a 156 y la certificación del folio 293-297 así:

RELACION DE PERIODOS NO APORTADOS		
AÑO	MES	INGRESO BASE DE COTIZACION
2009	Abril	\$ 590.000
2009	Mayo	\$ 590.000
2010	Marzo	\$ 590.000
2010	Abril	\$ 590.000
2010	Mayo	\$ 590.000
2010	Junio	\$ 590.000
2010	Julio	\$ 590.000
2010	Agosto	\$ 590.000
2010	Septiembre	\$ 590.000
2010	Octubre	\$ 590.000
2010	Noviembre	\$ 590.000
2017	Julio	\$ 900.000
2018	Enero	\$ 945.000
2018	Noviembre	\$ 945.000
2018	Diciembre	\$ 945.000
2019	Enero	\$ 983.000
2019	Febrero	\$ 983.000

Así mismo, en el evento de que la entidad demandada no haya realizado los aportes pensionales a favor de la demandante a partir del mes de marzo de 2019 y hasta el mes de octubre de 2021. deberá efectuarlos.

Debe aclarar la Sala que respecto de los aportes pensionales dejados de cotizar no opera la prescripción por hacer parte del derecho a la seguridad social que de conformidad con el artículo 53 de la C.P. son imprescriptibles.

En cuanto a la devolución de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se observa que es un hecho acreditado que el empleador no los pagos en favor de la demandante, pues la

Ley 100 de 1993 prevé que todo trabajador dependiente debe estar afiliado al sistema y el porcentaje que deben asumir tanto el trabajador como el empleador sobre las cotizaciones legales, entonces al declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el empleador está obligado a rembolsar las sumas que le correspondía cancelar y que el trabajador efectuó directamente su pago, siendo en todo caso el empleador responsable por la totalidad del aporte por su omisión en la afiliación y pago del aporte, ello en cumplimiento del artículo 22 ibidem.

Ahora bien, con los documentos allegados al plenario visibles a folios 427 a 432, se determina que la trabajadora efectuó aportes a pensiones desde junio de 2009 hasta agosto de 2021, por ello se ordenará la devolución de los aportes realizados de conformidad con los contratos de trabajo declarados, y teniendo en cuenta la prescripción de los mismos, es decir solo se devolverán los cancelados desde el 16 de octubre de 2016, hasta agosto de 2021 fecha acreditada, valor que asciende a \$5.427.311, monto que indexado al menos hasta junio de 2022 ascienden a \$6.280.557.

Conviene advertir que, en lo relacionado con los aportes realizados de manera subsidiada, solo resulta procedente su devolución en el porcentaje que le correspondía a la trabajadora.

CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto de recurso de apelación de la parte demandada, corresponde a esta instancia modificar el numeral segundo relacionado con la condena impuesta por concepto de cesantías. Se aclarará el numeral tercero conforme se explicó anteriormente. En lo demás la sentencia será confirmada.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el inciso 5º del artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dada la prosperidad parcial del recurso de apelación, hay lugar a condenar en costas en la suma mínima en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra del HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE LA UNIÓN ESE, por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto en lo que se refiere a la existencia del contrato de trabajo. 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 un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$1.000.000.

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 EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión - Nariño, dentro de la Audiencia

pública llevada a cabo el 14 de octubre de 2021, objeto de apelación por parte de la apoderada judicial de la parte demandada, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo declarado en el numeral anterior se **CONDENA** al **HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE LA UNIÓN NARIÑO ESE**, a pagar a la demandante **DORIS ESTHER GUERRERO** de notas civiles identificadas en el proceso, las siguientes sumas por los conceptos que se relacionan a continuación:

- a) Intereses a las Cesantías: \$563.687,74
- b) Sanción por no pago de intereses a las cesantías \$1.127.375,47
- c) Prima de Servicios: \$4.701.511,68
- d) Vacaciones Compensadas en dinero \$2.140.504,16
- e) Auxilio de Transporte: \$5.046.040,43
- f) Condenar al Hospital Eduardo Santos de la Unión Nariño ESE, a pagar por concepto de auxilio de cesantía la suma \$5.988.718,33 (indexadas), monto que deberá ser consignado en la cuenta del fondo de cesantías al que se encuentre afiliada la actora o al que se afilie y en la cuenta individual de la demandante Doris Esther Guerrero.

SEGUNDO: ACLARAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión - Nariño, dentro de la Audiencia pública llevada a cabo el 14 de octubre de 2021, objeto de apelación por parte de la apoderada judicial de la parte demandada, el cual quedará así:

“TERCERO CONDENAR al **HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE LA UNIÓN NARIÑO ESE** a pagar y transferir a **COLPENSIONES**, o al **FONDO DE PENSIONES** al que se encuentre afiliada la demandante o al que se afilie los correspondientes aportes al **SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES**, a favor de la demandante señora **DORIS ESTHER GUERRERO**, de notas civiles identificadas en el proceso, de conformidad con el **CÁLCULO ACTUARIAL** que para el efecto realice la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** o el **FONDO DE PENSIONES** respectivo, a solicitud de la parte demandante o demandada, por los siguientes periodos omitidos:

RELACION DE PERIODOS NO APORTADOS		
AÑO	MES	INGRESO BASE DE COTIZACION
2009	Abril	\$ 590.000
2009	Mayo	\$ 590.000
2010	Marzo	\$ 590.000
2010	Abril	\$ 590.000
2010	Mayo	\$ 590.000
2010	Junio	\$ 590.000
2010	Julio	\$ 590.000
2010	Agosto	\$ 590.000
2010	Septiembre	\$ 590.000
2010	Octubre	\$ 590.000
2010	Noviembre	\$ 590.000
2017	Julio	\$ 900.000
2018	Enero	\$ 945.000
2018	Noviembre	\$ 945.000
2018	Diciembre	\$ 945.000
2019	Enero	\$ 983.000
2019	Febrero	\$ 983.000

En el evento de que la entidad demandada no haya realizado los aportes pensionales a favor de la demandante a partir del mes de marzo de 2019 y hasta el mes de octubre de 2021, deberá efectuarlos.

Así mismo se condenará al **HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE LA UNIÓN NARIÑO ESE**, a devolver a la actora los aportes realizados al sistema de seguridad social en pensiones los que indexados al menos hasta junio de 2022, ascienden a \$6.280.557, suma que deberá actualizarse al momento efectivo de su pago”.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada Hospital Eduardo Santos de la Unión ESE, a favor de la demandante. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual esto es, la suma de \$1.000.000, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación, por las razones antes expuestas.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada Ángela Marcela Bastidas Tapia, identificada con la cedula de ciudadanía No 1.085.286.166 y portadora de la tarjeta profesional No 243328 del C.S. de la J, para actuar como apoderada SUSTITUTA del ente demandado en los términos del memorial allegado.

SEXTO: GLORAR al expediente como parte integrante de la sentencia la liquidación que se alude en la parte considerativa de la sentencia para que haga parte de la presente sentencia de esta audiencia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 298. 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 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 INES LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REINTEGRO DE APORTES CANCELADOS POR LA DEMANDANTE								
PERIODO	IBC REPORTADO	COTIZACION PAGADA	OBSERVACION	VALOR APORTADO A REINTEGRAR	INDEXACION	30/06/2022		APORTE INDEXADO
					A: IPC INICIAL	IPC FINAL		
201610	\$ 689.455	\$ 110.313	Régimen Subsidiado	\$ 13.789	92,6226	119,3100		\$ 17.762
201611	\$ 689.455	\$ 110.313	Régimen Subsidiado	\$ 27.578	92,7263	119,3100		\$ 35.485
201612	\$ 689.455	\$ 110.313	Régimen Subsidiado	\$ 27.578	93,1129	119,3100		\$ 35.337
201701	\$ 689.455	\$ 110.313	Régimen Subsidiado	\$ 27.578	94,0664	119,3100		\$ 34.979
201702	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	95,0125	119,3100		\$ 37.055
201703	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	95,4551	119,3100		\$ 36.883
201704	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	95,9073	119,3100		\$ 36.709
201705	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,1234	119,3100		\$ 36.627
201706	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,2336	119,3100		\$ 36.585
201708	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,3191	119,3100		\$ 36.552
201709	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,3579	119,3100		\$ 36.538
201710	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,3740	119,3100		\$ 36.531
201711	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,5483	119,3100		\$ 36.466
201712	\$ 737.717	\$ 118.035	Régimen Subsidiado	\$ 29.509	96,9199	119,3100		\$ 36.326
201802	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	98,2164	119,3100		\$ 151.846
201803	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	98,4523	119,3100		\$ 151.482
201804	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	98,9069	119,3100		\$ 150.786
201805	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,1578	119,3100		\$ 150.404
201806	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,3112	119,3100		\$ 150.172
201807	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,1845	119,3100		\$ 150.364
201808	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,3033	119,3100		\$ 150.184
201809	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,4671	119,3100		\$ 149.936
201810	\$ 781.242	\$ 125.000	Trabajador Independiente	\$ 125.000	99,5868	119,3100		\$ 149.756
201903	\$ 607.286	\$ 97.200	Trabajador Independiente	\$ 97.200	101,6157	119,3100		\$ 114.125
201904	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	102,1189	119,3100		\$ 154.806
201905	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	102,4400	119,3100		\$ 154.320
201906	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	102,7100	119,3100		\$ 153.915
201907	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	102,9400	119,3100		\$ 153.571
201908	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	103,0300	119,3100		\$ 153.437
201909	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	103,2600	119,3100		\$ 153.095
201910	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	103,4300	119,3100		\$ 152.843
201911	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	103,5400	119,3100		\$ 152.681
201912	\$ 828.116	\$ 132.500	Trabajador Independiente	\$ 132.500	103,8000	119,3100		\$ 152.298
202001	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	104,2400	119,3100		\$ 160.812
202002	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	104,9400	119,3100		\$ 159.739
202003	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	105,5300	119,3100		\$ 158.846
202004	\$ 877.803	\$ 26.400	pago dcto 558/2020 COVID	\$ 26.400	105,7000	119,3100		\$ 29.799
202005	\$ 877.803	\$ 26.400	pago dcto 558/2020 COVID	\$ 26.400	105,3600	119,3100		\$ 29.895
202006	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	104,9700	119,3100		\$ 159.694
202007	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	104,9700	119,3100		\$ 159.694
202008	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	104,9600	119,3100		\$ 159.709
202009	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	105,2900	119,3100		\$ 159.208
202010	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	105,2300	119,3100		\$ 159.299
202011	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	105,0800	119,3100		\$ 159.527
202012	\$ 877.803	\$ 140.500	Trabajador Independiente	\$ 140.500	105,4800	119,3100		\$ 158.922
202101	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	105,9100	119,3100		\$ 163.796
202102	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	106,5800	119,3100		\$ 162.767
202103	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	107,1200	119,3100		\$ 161.946
202104	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	107,7600	119,3100		\$ 160.984
202105	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	108,8400	119,3100		\$ 159.387
202106	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	108,7800	119,3100		\$ 159.475
202107	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	109,1400	119,3100		\$ 158.949
202108	\$ 908.526	\$ 145.400	Trabajador Independiente	\$ 145.400	109,6200	119,3100		\$ 158.253
TOTALES				\$ 5.427.311				\$ 6.280.557

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. 2019-00438- 01 (142)

En San Juan de Pasto, a los tres (3) días del mes de agosto 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, CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **FABIOLA DEL CARMEN ERASO**, 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

FABIOLA DEL CARMEN ERASO, 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.**, producido a partir del 1º de octubre de 2002. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliada del RPM y proceda a recibir por parte del fondo demandado la totalidad de las cotizaciones realizadas por la actora, bono pensional, junto con la capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, se condene a las entidades demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales causados con su traslado al RPM sin contar con la asesoría idónea y las costas del proceso

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **26 de junio de 1959**. Que realizó cotizaciones a **CAJANAL** desde el 9 de julio de 1984 hasta el 30 de septiembre de 2002, y desde el 1 de octubre de ese mismo año a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, entidad que sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de octubre de 2002. Que **PORVENIR S.A.**, el 19 de marzo de 2019, realizó

simulación de su pensión arrojando que con el saldo que acumulaba en su cuenta de ahorro individual solo puede aspirar a una pensión de \$828.116. Que cotizó hasta enero de 2019 con un IBC de \$3.976.221. 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 25 de julio de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que mediante oficio del 7 de agosto del mismo año, esa entidad resolvió no dar trámite a la solicitud radicada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendarado 13 de noviembre de 2019 (Fl. 55), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls.161-171).

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”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO” y la “INNOMINADA” (Fls. 83-134).

Por su parte, el Procurador 34 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 excepción las de “IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES” y la de “PETICIÓN ANTES DE TIEMPO” (Fls.173-179).

El Juzgado de Conocimiento el 21 de septiembre de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. acto en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 187-189).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de marzo de 2022, llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró 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 sino hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar de la cuenta individual de la demandante 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 obtenidas, generadas durante toda su permanencia en el RIAS, así como los gastos de administración debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir todos los montos que resulten del traslado de la demandante desde el RAIS. Absolvió de las demás pretensiones a la demandada PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción de "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y no probadas las restantes excepciones alegadas por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR en costas. (Fls. 192-199).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que en el caso bajo estudio operó la prescripción de conformidad con la ley civil. Indicó que existieron varias circunstancias que provocaron el traslado de la actora, no solo la falta de información atribuida por la actora a la AFP, destacando además que el mismo fue espontáneo y libre siendo válido. Indicó que, la carga de la prueba que se exige en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada, ya que solo se cuenta con la manifestación general de la actora. Expuso, que el fallo resulta contradictorio ya 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 advirtiendo que en todo caso se debe acudir a la

figura de las restituciones mutuas. 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

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, pues señaló que según varios pronunciamientos de la Corte Constitucional el periodo de permanencia en los fondos tiene por finalidad garantizar el principio de eficiencia y universalidad. Además, advirtió que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., advirtiendo además que la carga dinámica de la prueba debe analizarse según las circunstancias particulares de cada caso. Adicionalmente, resaltó que a la actora 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, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, manifestó que autorizar el traslado de la actora al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

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 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 del régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

Por su parte, 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. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, 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 la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió 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, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante 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.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, 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 al fondo privado demandado resulta ajustada a derecho.

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,

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)

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó el Juez A quo, al concluir que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2002 proveniente del RPM administrado por la extinta CAJANAL, (Fls 31 a 34), 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, esto es, para el año 2002 la actora 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 a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de la Solicitud de Vinculación que data del 9 de septiembre de 2002 (fl.135), no es posible concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que 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, en cuanto al formulario de afiliación aportado por PORVENIR S.A., la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman 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 la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente, pues pese a que la testigo Carmen Belalcázar Dorado no brindó con claridad información sobre las condiciones en que se produjo el traslado de la actora,

pues no lo presencié, en tanto su conocimiento provino de lo que la actora le comentó, 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; pues si bien en el asunto bajo estudio la actora cotizó a CAJANAL (fl 31,33 y 34), también lo es que, como la afiliación al régimen es una sola, y teniendo en cuenta que esa entidad era administradora del RPM, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia declarada, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., el 9 de septiembre de 2002 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año, conclusión que no implica como lo asegura la apoderada 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 a la demandante y como esta última se encuentra vinculada 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 la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se 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 nulidad de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último de la actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea la demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por ello se modificará el numeral tercero de la sentencia para indicar que de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que la actora hubiere permanecido en el, PORVENIR S.A. corre a cargo con sus propios recursos.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

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

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 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 la 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 “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral sexto en lo pertinente.

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 adicionar los numerales primero, segundo y tercero y se modificará el numeral sexto conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto en lo que se refiere a la ineficacia del traslado. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma total de \$2.000.000 para cada una de las demandadas, 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: **ADICIONAR** los **NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO y MODIFICAR** el numeral **SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de marzo de 2022, 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 **FABIOLA DEL CARMEN ERASO ROSERO**, 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 **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.** el 9 de septiembre de 2002 con efectividad a partir del 1º de octubre 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, además de las cuotas y/o gastos 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 la actora permaneció afiliada 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

“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”.

“SEXTO: DECLARAR probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” únicamente respecto de las costas de primera instancia y no probadas las excepciones restantes propuestas por esa entidad.”.

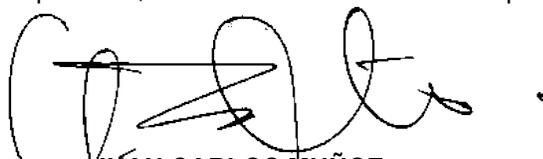
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de marzo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a 2 salarios mínimos legales esto es, la suma total de \$2.000.000 para cada una de las demandadas, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

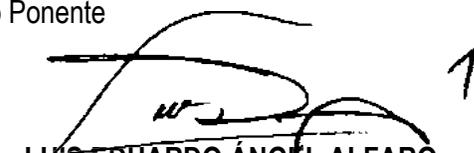
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 296. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro 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. 520013105003-2020-00156-01 (554)

ACTA No. 293

San Juan de Pasto, tres (3) de agosto 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 **ELIZABETH DEL ROSARIO ESTRADA ROMO** 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 traslado efectuada al RAIS adelantado por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, solicita sea acogida por COLPENSIONES como afiliada del RPM y, por ende, se condene a las entidades accionadas a trasladar y recibir las cotizaciones y los bonos pensionales con su respectiva capitalización, indexación e intereses moratorios, así como al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub-lite, que a la fecha cuenta con 61 años y estuvo afiliada al RPM desde agosto de 1982 hasta enero de 1999; que, sin mediar asesoría alguna, PORVENIR S.A. promovió su traslado al RAIS en donde efectuó cotizaciones hasta el año 2014. Que en esta data formuló petición de regreso al RPM y fue aceptado por las demandadas; no obstante, el 12 de noviembre de 2019, con ocasión de reconocimiento de la pensión de vejez y mediante Resolución No. 2019-15135465, SUB 43524 del 17 de febrero de 2020, COLPENSIONES declaró la falta de competencia para resolver la solicitud pensional y

remitió el expediente administrativo a PORVENIR S.A., quedando nuevamente afiliada a dicho fondo desde el 6 de marzo de 2020.

Agrega que, en junio de la citada anualidad, solicitó a COLPENSIONES declarar la nulidad de afiliación y traslado para retornar al RPM y mediante oficio del 18 del mismo mes y año se resolvió no dar trámite a la petición.

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 y ello, indubitablemente, le afecta su estado de ánimo y le genera constante zozobra y preocupación, alterando su salud.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen tiene plena validez, pues esta decisión fue un acto libre 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.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en

audiencia de juzgamiento adelantada el 22 de noviembre 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 de la demandante surtido el 12 de febrero de 1999; declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece. Igualmente condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la actora, 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 su derecho pensional, conminándola a reconocer el derecho pensional una vez se trasladen los dineros antes referidos; DECLARÓ oficiosamente la excepción de petición antes de tiempo en relación con la pensión de vejez solicitada por activa y condenó en costas a las administradoras pensionales PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

1.3. 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, incluidas las costas. Sustenta su recurso en que la prueba que cimienta la decisión es insuficiente y genera desequilibrio procesal, al contar únicamente con el interrogatorio de parte rendido por la demandante a quien le favorecen sus declaraciones, sin darle valor alguno a las manifestaciones de la entidad demandada.

Insiste en que la información suministrada era la disponible en el momento en el que se produce el acto jurídico atacado, que no existe afectación de la voluntad de la demandante y, en todo caso, de ésta se derivó la celebración de un acto o contrato libre y 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 sería 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.

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.

1.4. 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 el deseo de permanencia en el RAIS se ratifica por la promotora de la Litis 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 de la actora, 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.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 19 de julio de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A., insistiendo en la petición de revocatoria del fallo proferido, respaldado en el análisis realizado en la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado y oponiéndose a su vez a la condena en costas por considerarlas improcedentes, en razón a que 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 para alcanzar la exoneración de las pretensiones incoadas por la parte actora y de las condenas impuestas en primera instancia.

Interviene, igualmente, 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. Solicita, igualmente, modificar la decisión en relación con los rendimientos, sobre los cuales no opera la indexación ni la capitalización; que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados; que la administradora del RAIS asuma, con cargo a sus propios recursos, la diferencia que se presente en el monto trasladado; y, se revoque la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, toda vez que no intervino en el acto jurídico de 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 de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno de la actora al RPM, la distribución de la carga de la prueba, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual junto con 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?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

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

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003

(disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

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

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

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

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. ELIZABETH DEL ROSARIO ESTRADA al momento de surtirse el trámite de traslado de régimen pensional, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en este proceso 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 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 el momento en que se surte el traslado, por una parte, brindar información y por otra, asesorar a la afiliada 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 el accionante ante PORVENIR S.A., con efectividad el 12 de febrero de 1999, según el formulario de afiliación No. 01142930 (fl. 51 contestación de demanda), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 2 de octubre de 1982 (fl. 517 expediente administrativo) 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 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 de la actora, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo

pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se 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 la demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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 la actora hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que 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 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 del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., 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 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.

2.2.3. 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. Así las cosas, 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 y éste tampoco es el caso.

No corre la misma suerte la demandada COLPENSIONES, quien también apeló la condena impuesta en este sentido, pues las costas procesales, de conformidad con la normativa referida, 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 esta Sala de Decisión, 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 en forma oportuna por el fondo público pensional, únicamente en relación con las costas de primera instancia.

2.2.4. 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.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se 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 serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 22 de noviembre 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 de la Sra. ELIZABETH DEL ROSARIO ESTRADA ROMO 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 cargo a 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 probadas excepciones de fondo denominadas inexistencia del daño y ausencia efectiva del daño propuestas por PORVENIR S.A. y la imposibilidad de condena en costas formulada propuesta por el fondo público pensional, COLPENSIONES y **DECLARAR NO PROBADAS** las restantes excepciones impetradas por las demandadas.

DECLARAR OFICIOSAMENTE la excepción de fondo, petición antes de tiempo, respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante”.

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. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las entidades 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.

QUINTO. 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.

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