

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2017-00410-01(560)

AUTO No. 599

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario Laboral de la referencia instaurado por **MARIO ANDRÉS VEGA NARVÁEZ, OSCAR MAURICIO MORALES TORRES, ÁLVARO FERNANDO MIDEROS RUANO** y **JOSE HORACIO MARTÍNEZ** en contra de **INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.** y solidariamente contra **HERNANDO SUAREZ BURGOS** y **SYSCO S.A.S.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de varios contratos de trabajo con la sociedad **INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.**, bajo los siguientes extremos temporales: con **MARIO ANDRÉS VEGA NARVÁEZ** entre el 15 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2017; con **OSCAR MAURICIO MORALES TORRES** entre el 17 de diciembre de 2015 y el 31 de julio de 2017; con **ÁLVARO FERNANDO MIDEROS RUANO** entre el 19 de julio de 2016 y el 31 de agosto de 2017; y, con **JOSÉ HORACIO MARTÍNEZ** entre el 1º de julio de 2013 y el 31 de agosto de 2017.

Así mismo se declare que el Sr. **HERNANDO SUAREZ BURGOS** y **SYSCO S.A.S.** son solidariamente responsables por las sumas adeudadas y que todas las relaciones laborales terminaron sin justa causa por despido indirecto ocasionado por el empleador. Como consecuencia de tales declaraciones solicitan imponer condena por las acreencias laborales e indemnizaciones enlistadas en el escrito genitor, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas, además de los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señalan, en lo referente al Sr. MARIO ANDRÉS VEGA NARVÁEZ, que el 15 de enero de 2013 fue contratado, de manera verbal, por INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., al igual que los demás demandantes, para prestar de manera personal el servicio en las instalaciones del CLUB XILON, cumpliendo las funciones relacionadas en el hecho número 10 de la demanda; que el horario de trabajo se desarrolló de martes a viernes, de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 3:00 a 8:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 4:00 p.m.; que devengaba, a título de salario, \$100.000 por cada 8 alumnos inscritos en cursos de natación, por alumno adicional un valor de \$15.000 y por alumno de curso especial, \$50.000. Finalmente, sostiene que el 31 de agosto de 2017, presentó la renuncia solicitada por la auditora YOLANDA REALPE, como requisito para el pago del salario adeudado; no obstante, el empleador terminó el contrato de trabajo sin cancelarle los derechos laborales reclamados con la presente acción.

Respecto del Sr. OSCAR MAURICIO MORALES TORRES, se indica que se vinculó el 17 de diciembre de 2015 para prestar de manera personal el servicio en las instalaciones del CLUB XILON, mediante sendos contratos de trabajo a término fijo como auxiliar de administración contable, realizando las funciones relacionadas en el hecho número 11 de la demanda, en una jornada laboral de lunes a domingo de 8:00 a.m. a 11:00 p.m., y recibiendo como contraprestación, inicialmente la suma de \$800.000 y para el año 2017 \$900.000. Finalmente expone que el 30 de julio de 2017, su contrato de trabajo terminó sin justa causa por parte del empleador, adeudándole los salarios correspondientes a agosto, septiembre y octubre de dicha anualidad y las acreencias laborales reclamadas con la presente acción.

Por su parte, el Sr. ÁLVARO FERNANDO MIDEROS RUANO, manifiesta que el 19 de julio de 2016 inició sus labores como auxiliar de servicios generales, en las instalaciones del CLUB XILON, ejerciendo las funciones relacionadas en el hecho 7 de la demanda en un horario laboral diario de 8:00 a.m. a 8:00 p.m., recibiendo como contraprestación un SMLMV. Por último, sostiene que el 30 de agosto de 2017, de manera unilateral y sin justa causa, el empleador terminó el contrato de trabajo sin cancelarle los derechos laborales reclamados judicialmente.

Finalmente, frente al demandante Sr. JOSÉ HORACIO MARTÍNEZ, sostienen que se vinculó laboralmente el 1º de julio de 2013 como auxiliar administrativo contable en las instalaciones del CLUB XILON, ejerciendo las funciones relacionadas en el hecho 7 de la demanda, en un horario laboral de 8:00 a.m. a 11:00 p.m. y recibiendo como

contraprestación un SMLMV para los años comprendidos entre el 2013 y 2016 y para el año 2017 la suma de \$800.000. Indica, finalmente, que el 30 de agosto de 2017, de manera unilateral y sin justa causa, el empleador terminó el contrato de trabajo sin cancelarle los derechos laborales que ahora reclama.

Por último, de manera conjunta, indican que INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S. es propietario del establecimiento de comercio denominado CLUB XILON PASTO; que el inmueble en donde funciona dicho club es de propiedad de la empresa SYSCO S.A.S., razón por lo cual es quien disfruta y se beneficia del funcionamiento del referido club; pero además, las actividades desarrolladas por cada uno de los demandantes eran ordenadas y supervisadas por quien ostentaba la calidad de gerente de CLUB XILON y el Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, en calidad de propietario, quien realizaba reuniones para evaluar, corregir y exigir mayores resultados, siendo éste el fundamento de la figura de la solidaridad entre los demandados, que en esta oportunidad se reclama.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada la demanda y admitida por el Juzgado de conocimiento mediante auto de 31 de enero de 2018, se ordenó la notificación de los demandados, que se surtió en legal forma; no obstante, mediante auto de 23 de octubre de 2018, se ordenó el emplazamiento de los demandados INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., HERNANDO SUAREZ BURGOS y SYSCO S.A.S., a quienes se les designó *Curador Ad Litem*. Formalizada la notificación del escrito genitor, contestó la demanda exponiendo que frente a las pretensiones se atiene a lo probado, que no le constan algunos de los hechos señalados en la demanda y que propone, como medios exceptivos de defensa, las excepciones de mérito denominadas “buena fe”, “compensación”, “prescripción de acciones” y la “innominada”.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 8 de septiembre de 2021, declaró que entre los Sres. MARIO ANDRÉS VEGA NARVÁEZ, OSCAR MAURICIO MORALES TORRES, ÁLVARO FERNANDO MIDEROS RUANO y JOSÉ HORACIO MARTÍNEZ, en su calidad de trabajadores y la parte demandada INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., en su calidad de empleadora, existieron contratos sin solución de continuidad de la siguiente manera:

- ✓ Para MARIO ANDRES VEGA del 1º de septiembre de 2014 al 31 de agosto de 2017.
- ✓ Para OSCAR MAURICIO MORALES del 25 de enero de 2016 al 31 de julio de 2017.
- ✓ Para ALVARO FERNANDO MIDEROS del 19 de julio de 2016 al 30 de agosto de 2017.
- ✓ Para JOSE HORACIO MARTINEZ del 1º de julio de 2013 al 30 de agosto de 2017.

Condenó a la demandada, en consecuencia, a pagar a favor de los actores los conceptos de auxilio de cesantías con sus intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y el cálculo actuarial, excepto por los periodos ya cotizados. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y, finalmente, absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra, condenando al pago de las costas procesales a INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de los demandantes expone su desacuerdo con la decisión en lo relativo a la solidaridad en cabeza del Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, toda vez que conforme lo afirmado por los testimonios, se cumplen los requisitos del artículo 34 del C.S.T, en tanto y cuanto las actividades desempeñadas por los demandantes lo beneficiaban directamente.

Refiere para afianzar sus argumentos, que el testigo JESÚS GARCÍA sostuvo que acudía a las instalaciones del CLUB XILON como cliente y observó, en varias ocasiones, que el Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS asistía al club generando “temor” en los trabajadores. Asimismo, en la versión entregada por el Sr. CRISTIAN BERNAL, expone que fue contratado como gerente del CLUB XILON por el Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, con quien mantenía una comunicación constante, le daba órdenes y se le entregaba el producido del día, utilizando una puerta que conecta el establecimiento de comercio con el DIARIO DEL SUR.

Finalmente aduce que el Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS e INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S. son una misma persona, pues las siglas HSB lleva las iniciales del demandado en solidaridad.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.

Inconforme con la decisión emitida, el apoderado judicial de la parte demandada INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., interpone recurso de apelación alegando la existencia del error fáctico en la apreciación de las pruebas, particularmente las documentales aportadas que carecen de la firma del empleador y, en consecuencia, no deben ser consideradas para fundamentar el fallo.

En igual sentido, sostiene que el testimonio del Sr. JESÚS GARCIA no da claridad respecto a las relaciones contractuales, los extremos temporales, la subordinación y mucho menos al pago de las prestaciones sociales, al punto de ni siquiera conocer el nombre de los demandantes. Solicita, además, un mejor estudio frente a lo dicho por CRISTIAN BERNAL, quien señaló que el demandante MARIO ANDRÉS VEGA percibía un salario que estaba supeditado al número de niños inscritos en los cursos, situación que demuestra una relación civil y no laboral entre las partes.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante y la parte demandada HERNANDO SUÁREZ BURGOS, conforme da cuenta la constancia secretarial de 4 de febrero de 2022.

La apoderada judicial de los demandantes reclama condena frente al Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, con quien se configura la figura de la solidaridad laboral contenida en el artículo 34 del C.S.T., no solo porque en la sigla de la condenada principal, INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., se utiliza su nombre sino porque con la prueba testimonial recaudada en el plenario se demuestra que el convocado ejercía el control de las actividades laborales desarrolladas en el CLUB XILON. En efecto, los

demandantes no eran autónomos en sus determinaciones laborales. Finalmente, aduce que el juez cognoscente omitió referirse en el estudio de esta figura a la empresa SYSCO S.A.S., propietaria del inmueble en donde funciona el CLUB XILON y, por tanto, también es responsable solidariamente. Solicita, por tanto, modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la solidaridad deprecada.

Por su parte, el apoderado judicial del Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, solicita confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que no se cumplen los presupuestos de la solidaridad laboral regulada en los artículos 34 a 36 del Código Sustantivo del Trabajo, al no obtener un beneficio directo por las labores realizadas por los demandantes.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El análisis probatorio respecto de la prueba testimonial adolece de los vicios endilgados por la parte demandada INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S. y, por tanto, no es posible estructurar sobre ellos la existencia de sendos contratos de trabajo con los demandantes, en la forma como se concluyó en la decisión adoptada en primera instancia? ii) ¿Se acreditan los requisitos legales para declarar que el HERNANDO SUAREZ BURGOS fue el beneficiario directo de los servicios prestados por los demandantes y, por tanto, el llamado a responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo de INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

En torno a dirimir el primer aspecto total planteado por la parte pasiva de la Litis, se advierte que en virtud del art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, correspondiéndole a la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y a la convocada, aquellos en los cuales estructura su defensa a través de las excepciones de mérito.

En este orden, le corresponde a los demandantes demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que prestaron personalmente el servicio a favor de quien convocaron a la presente causa litigiosa

como empleador, que el mismo tenía carácter subordinado y que percibían a cambio una remuneración, como lo exigen los artículos 22 y 23 del C.S.T., aun cuando conforme al art. 24 del mismo compendio sustantivo, bastará probar el primer elemento, la prestación personal del servicio, para que por ley se presuma su existencia; pero además, su vigencia en el tiempo, ya que a partir de ahí se imponen las respectivas condenas. A su turno la convocada a juicio tiene la carga de desvirtuar esta presunción legal, acreditando que el vínculo se desarrolló por fuera de los lineamientos laborales y en todo caso, desprovisto de cualquier rasgo de subordinación o dependencia.

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

Ahora bien, la Sala precisa que en virtud de los artículos 61 y 54 del C. S. T., el juez puede formar libremente su convencimiento a través de cualquier medio probatorio para acreditar los supuestos de hecho que determina un derecho, salvo los que requieran solemnidades específicas.

Bajo tales precisiones y descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la parte demandada, INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., a través de su representante judicial, increpa la decisión adoptada por el juez de primer orden frente a la declaratoria de sendos contratos de trabajo entre ésta y los demandantes, no por negar la prestación personal del servicio de los actores a favor de su prohijada, ni desvirtuar la presunción legal frente a la existencia del elemento subordinación que consagra el artículo 24 de la codificación sustantiva, sino porque en su sentir realizó una indebida valoración probatoria al tener en cuenta pruebas documentales que carecen de la firma del empleador y testimoniales que no dan claridad respecto de las particularidades de las relaciones en contienda.

En consecuencia, pese a que el recurso de apelación no se caracteriza propiamente por su claridad y precisión en lo pretendido, lo perseguido es que la declaratoria de existencia de contratos de trabajo a favor de los demandantes sea revocada.

Pero ello, anticipa esta Sala de Decisión, no será posible en esta instancia judicial porque al final, la valoración de la prueba testimonial y documental que al parecer no se ajusta al querer de la empleadora convocada a juicio, no desacredita el elemento subordinación y, en consecuencia, la decisión materia de alzada será confirmada en este aspecto, por ajustarse a derecho. Veamos por qué.

El artículo 23 del C.S.T., señala que la prestación personal del servicio es el primer elemento constitutivo del contrato de trabajo entre particulares, como es el caso que ahora nos ocupa y éste no fue reñido expresamente por el alzadista; empero, con las documentales allegadas al proceso y la prueba testimonial rendida por los Sres. JESÚS GARCÉS ACOSTA y CRISTIAN BERNAL, claramente se advierte que las actividades realizadas por los promotores de la Litis sirvieron al CLUB XILON, establecimiento de comercio de propiedad de INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.

En ese sentido, la prestación personal del servicio de los demandantes se encuentra demostrada, así: MARIO ANDRÉS VEGA, vinculado mediante *CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS* (Cuaderno 1, fls. 79 y 80) suscrito con INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., desempeñándose como INSTRUCTOR DE NATACIÓN en el CLUB XILON PASTO; OSCAR MAURICIO MORALES, a través de varios contratos de trabajo a término fijo con sus respectivos preavisos (Cuaderno 5, fls. 214 a 227), como auxiliar administrativo contable y venta de cursos disponibles en el CLUB XILON PASTO; y, JOSÉ HORACIO MARTÍNEZ, también demandante, respaldado con prueba testimonial y el reporte de semanas de cotización emitido por COLPENSIONES (Cuaderno 5, fls. 235 a 238), demostrando cotizaciones por el empleador INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S. desde el 1º de enero de 2015.

Por otro lado, se cuenta con la declaración del testigo JESÚS GARCÉS ACOSTA, quien expuso haber sido cliente continuo del CLUB XILON PASTO desde el año 2013, constándole de manera directa que los demandantes OSCAR MAURICIO MORALES y JOSE HORACIO MARTÍNEZ, trabajaban en el mencionado club en el área de las chanchas sintéticas. A su turno, el Sr. CRISTIAN BERNAL, quien fue gerente del CLUB XILON PASTO desde el año 2015, manifestó que fue compañero de los demandantes quienes recibían órdenes del Sr. Hernando Suárez Burgos, quien se encargaba de dar

autorizaciones y realizaba reuniones cada quince días en el Diario del Sur, en donde asignaba funciones y metas en ventas a los trabajadores y de él como gerente, cumpliendo un horario de lunes a domingo de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 8:00 p.m., extendiéndose en algunas ocasiones hasta las 11:00 p.m.; que tenían una minuta de entrada y salida la cual debía ser firmada por los empleados a fin de controlar su horario, con las siguientes funciones:

- ✓ **MARIO ANDRÉS VEGA:** Encargado de las piscinas, instructor de natación y realizaba el aseo de la zona húmeda.
- ✓ **OSCAR MAURICIO MORALES:** Administrador encargado del funcionamiento de las canchas sintéticas, llevando el soporte diario.
- ✓ **ALVARO FERNANDO MIDEROS:** Socorrista de las piscinas, además, se encargaba del mantenimiento de las máquinas, del cuarto eléctrico y las zonas húmedas.
- ✓ **JOSE HORACIO MARTÍNEZ:** Encargado de la atención en las canchas sintéticas.

Así las cosas, ninguna discusión amerita este primer elemento, así como tampoco el segundo, relacionado con la subordinación, no solo porque el mismo se presume en virtud del artículo 24 del C.S.T., sino porque además, la demandada debía encaminar su defensa a demostrar que dichas prestaciones del servicio se desplegaron de forma autónoma y sin visos de subordinación si anhelaba desvirtuar la presunción de contrato de trabajo que beneficia al trabajador, pero esto no ocurrió.

Pero si aún ello no resultara suficiente para avalar la decisión de primer grado, la Sala precisa que fue tan solo con ocasión del recurso de apelación que el apoderado judicial de la empleadora demandada desconoce la prueba documental por carecer de firma por parte de su representada y tal reclamación resulta extemporánea en tanto la demanda se contestó por intermedio de *curador ad-litem*, sin increpar el actual punto de conflicto, sobrepasando las oportunidades procesales previstas para el efecto en los artículos 269 y 272 del C.G.P., so pena de que los documentos se presuman auténticos a voces del artículo 244 del mismo compendio procesal, tal como ocurrió en el asunto de marras.

Tampoco resulta suficiente recalcar en la forma de retribución del servicio prestado por el Sr. MARIO ANDRÉS VEGA NARVÁEZ, instructor de piscina, para desnaturalizar su contrato de trabajo; pues contrario a ello, para este órgano colegiado la forma fijada como remuneración para el trabajador es una práctica indebida, resultado de la

posición dominante del empleador que, por supuesto, lesiona y trasgrede, seriamente, los intereses del trabajador.

Por lo expuesto la decisión que en este sentido se impartió en primera instancia será confirmada.

2.2.2. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE HERNANDO SUAREZ BURGOS FRENTE A LA CONDENA IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA A INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S.

Para atender el punto enrostrado por activa se tiene que el artículo 34¹ del C.S.T. regula las relaciones laborales entre la empresa y los contratistas de la empresa que a su vez contratan trabajadores para desarrollar las actividades contratadas. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en especial de Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en lo Laboral, han señalado que con ella se busca que esa contratación no se convierta en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales.

En igual sentido, para el Tribunal Constitucional, cuando i) el empresario termina beneficiándose del trabajo desarrollado por las personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista y ii) existe una afinidad de las actividades sociales desarrolladas por el contratista y el beneficiario de la obra, debe responder de manera solidaria por los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar, sin que sea necesario exigir exactitud e integralidad en tales objetos sociales, pues tal proceder desdibujaría el concepto de responsabilidad solidaridad².

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-12234 del 10 de septiembre de 2014, con ponencia de la magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, expuso:

“(…) En dicho precepto se impone la solidaridad al beneficiario o dueño de la obra, respecto del valor de los salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales, cuando lo contratado obedezca a actividades normales de su empresa o negocio, sin perjuicio de que “estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas”.

“Tal disposición se inspira en el respeto por los derechos de los trabajadores, independientemente de la modalidad que adopten los contratantes, de manera que corresponde al juzgador, como primera medida, establecer si en efecto, la labor

¹ Artículo declarado exequible mediante sentencia C-593 de 2014.

² Sentencia SL217-2018, con ponencia del Mag. Dr. José Fernando Reyes C.

contratada hace parte del giro de los negocios ordinarios de la empresa, con el objetivo de resolver si existe o no solidaridad” (Subrayado de la Sala).

De la misma manera, la sentencia SL-14692 de 2017, radicación 45272, con ponencia del Mag. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA, que replica la sentencia de 2 de junio de 2009, rad. 33082, al referirse sobre el tema que ahora ocupa la atención de esta Sala, expuso:

“2. Sobre la solidaridad

*Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, recordó lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente **cubre una necesidad propia** del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.*

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.”

Y agregó:

“Una cosa debe quedar clara. Lo aquí decidido se asimila a aquellos eventos en los cuales la Corte ha sido enfática en advertir que esta tesis doctrinaria no se opone a la que ha sostenido la Sala cuando ha considerado que son extrañas al giro ordinario de los negocios las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, o a empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor (sentencia SL, del 30 agos. 2005, rad. 25505), pues resulta claro que, para cumplir con su objeto, se requiere que las diferentes instalaciones físicas sean funcionales al servicio que la entidad presta, pero la construcción de ellas, así como su mantenimiento, reparación o adecuación, no hacen que esa entidad usuaria de dichos servicios se convierta en solidaria por las acreencias laborales del contratista que las ejecuta, porque ellas tan solo son un soporte para el cabal cumplimiento de su labor (SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000) y no como sucede en el asunto bajo escrutinio, cuando, a no dudarlo, la obra no se trata de la obtención de una materia prima o insumo, sino que, por el contrario, es imprescindible y específica para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo del servicio público de aseo, es decir, que hace parte imprescindible de la «unidad técnica».

Aterrizando lo dicho al sub examine y conforme se desprende del arsenal probatorio arrojado al dossier, se tiene que entre INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S. y el Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, no medió ningún acto jurídico en virtud del cual la persona natural demandada obtuviera algún beneficio o cubriera una necesidad propia de las empresas que dirige. Tampoco hay discusión en que las funciones desarrolladas por los demandantes se llevaron a cabo de forma permanente en las instalaciones del CLUB XILON PASTO, ni el empleador envió a los demandantes a realizar actividades en comisión a favor del convocado a juicio en solidaridad, quien

en su interrogatorio de parte manifestó ser el director del DIARIO DEL SUR, empresa que no fue vinculada a esta actuación judicial.

Ahora bien, el alzadista por activa aduce que los testigos mencionaron que los trabajadores del CLUB XILON PASTO le tenían “temor” al Sr. HERNANDO SUAREZ BURGOS, además, de que la infraestructura del club permitía, a través de una puerta, conectarse con las instalaciones del DIARIO DEL SUR para entregarle directamente a él las ventas realizadas en el club. Y tal circunstancia, a juicio de esta Sala de Decisión, no resulta suficiente para declarar la figura de solidaridad en materia laboral, pues como antes se advirtió, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional al igual que Alta Corporación Constitucional, son enfáticas en señalar, en armonía con el artículo 34 del C.S.T., los requisitos *sine qua non* que deben verificarse para su procedencia y, como se explicó, en el sub examine ello no se configuró.

Por consiguiente, la decisión que ahora se revisa en instancia de apelación por activa, en relación con la figura de la solidaridad no amerita reproche alguno y por lo mismo será confirmada.

Quedan de esta manera atendidos todos los puntos que suscitaron inconformidad en la parte activa de la Litis, sin que resulte procedente abordar el estudio de otros puntos, como los increpados por los accionante en el escrito de alegatos de conclusión relacionados con la responsabilidad solidaria de SYSCO S.A.S., pues es el recurso de apelación interpuesto dentro de la oportunidad legal el que marca la competencia del Juez Colegiado y en tal oportunidad nada se dijo al respecto.

1.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desatan los recursos de apelación propuestos por activa y pasiva, no se impondrán costas en esta instancia por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

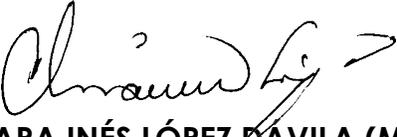
PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 8 de septiembre de 2021, objeto de apelación por la

parte activa y pasiva INVERSIONES HOTELERAS HSB S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo señalado en la Ley 2213 de 2022, insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. Igualmente se notificará por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación a lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

(Con permiso)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2018-00353-01 (431)

En San Juan de Pasto, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ**, contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y **MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Magistrado Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, a la fecha se encuentra en permiso.

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 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral de primera Instancia en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y **MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO** para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, condene a la entidad demandada a pagarle la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente **JAIR ANTONIO YEPEZ MARULANDA**, a partir del 7 de septiembre de 2015, junto con los intereses, moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que su compañero permanente **JAIR ANTONIO YEPEZ MARULANDA**, murió el 7 de septiembre de 2015. Que convivió en unión marital de hecho con el fallecido desde el 30 de marzo de 1992 hasta el 7 de septiembre de 2015, siendo la convivencia continua e ininterrumpida bajo el mismo techo. Que de esa unión nacieron sus hijas **DANIELA**

MELISSA YEPEZ CABRERA y GABRIELA YEPEZ CABRERA. Que el 30 de septiembre de 2015, solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Que COLPENSIONES el 18 de diciembre de 2015 mediante Resolución GNR 418258, reconoció una pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.119.016 la cual fue distribuida en el 16.67% para DANIELA MELLISSA YEPEZ CABRERA, GABRIELA YEPEZ CABRERA y TATIANA VANESA YEPEZ MARTÍNEZ, hijas del causante, y dejó en suspenso el 50% restante, como quiera que se presentó como cónyuge o compañera permanente la demandada MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO. Que interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión la que fue confirmada mediante Resolución VPB 19024 del 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que mediante auto del **21 de septiembre de 2018**, admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas actuaciones que se surtieron en legal forma (Fl.199).

Trabada la Litis, la convocada a juicio COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la demandante no acredita los requisitos de ley exigidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama. En su defensa propuso las excepciones que denominó "PRESCRIPCIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "BUENA FE", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS" entre otras (Fls. 215-235).

Por su parte la demandada MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO, contestó la demanda y aseguró que es ella quien cumple a cabalidad con los requisitos de convivencia exigidos para que se le otorgue una pensión de sobrevivientes. Propuso como excepciones las de "CARENCIA DE DERECHO PARA DEMANDAR" y "DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE COMPAÑERA PERMANENTE" (Fls. 251-260).

El Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de manifestar que de conformidad con la normatividad vigente para el caso y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, le corresponde a la actora demostrar que convivió con el causante no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte. Propuso como excepción previa la de "FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITICONSORCIO NECESARIO" y como de mérito las de "INEXISTENCIA DEL DERECHO" "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "PRESCRIPCIÓN" e "IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS" (Fls. 365- 368).

El juzgado de conocimiento con auto del 5 de marzo de 2019, ordenó vincular al proceso a Daniela Melissa Yépez Cabrera, Gabriela Yépez Cabrera y Tatiana Vanessa Yépez Martínez, quienes contestaron la demanda en debida forma.

El Juzgado de Primer Grado el **27 de febrero de 2020**, 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 al no existir ánimo conciliatorio respecto de la demandada COLPENSIONES. Se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se señaló fecha y hora para adelantar la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 480- 484).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el **27 de agosto de 2021**, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, 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, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES. Declaró que la demandante ni Marlene Martínez ostentan la calidad de compañeras permanentes supérstites beneficiarias de la pensión de sobrevivientes reclamada. Condenó a COLPENSIONES a cancelar en favor de DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA, GABRIELA YEPEZ CABRERA y TATIANA VANESSA YEPEZ MARTINEZ la suma de \$48.616.622, 90, como retroactivo pensional así \$16.072.752,3, \$12.554,616,3 y \$16.072.752, mas \$3.916.556 hasta julio de 2021, respectivamente. Revocó el derecho pensional de DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA y TATIANA VANESSA YEPEZ MARTÍNEZ e indicó que si esta última, allega ante COLPENSIONES la documentación que acredite los estudios luego de sus 18 años, será beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en un 50% a partir de tal momento y hasta los 25 años de edad. Declaró que GRABRIELA YEPEZ CABRERA, en condición de hija del causante, tiene derecho a continuar percibiendo pensión de sobrevivientes a cargo de COLPENSIONES, en cuantía del 50% de la prestación reconocida por la entidad, en un inicio como mesada pensional de sobrevivientes, esto es, de \$1.119,016 hasta cumplir los 18 años de edad o los 25 de demostrar su incapacidad parcial por estudios (Archivo acta).

En síntesis, el Juez A Quo manifestó que la demandante ni la Sra. Marlene Martínez, demostraron la convivencia con el causante en los últimos 5 años a su fallecimiento, por lo tanto, distribuyó el 50% del porcentaje de la pensión dejada en suspenso en favor de sus hijas hasta la fecha en que acreditaron el derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ

Manifestó la apoderada de la demandante, que si bien el Juez A Quo concluyó que se logró demostrar la convivencia de su representada con el causante desde el año 1994 hasta junio de 2015, y luego la actora desatendió el cuidado y protección de su compañero permanente, también lo es que, no se debe desconocer que existen interrupciones en la convivencia que no precisamente conllevan a la pérdida del derecho a la pensión de sobreviviente, pues son

situaciones ajenas a la voluntad de la pareja o de fuerza mayor que hacen que transitoriamente no compartan el mismo techo, como lo ha manifestado nuestro órgano de cierre en sentencias SL 1437 de 2015, entre otras, como la SL 3202 del mismo año, ya que aduce que si bien en el caso existió una separación temporal, ello no implica que el vínculo de 23 años de convivencia hubiera desaparecido, más cuando los motivos que originaron la separación fueron los problemas de alcoholismo que padecía el causante. Por lo tanto, solicitó se analice de forma detallada la prueba documental y los testimonios de los señores Mario René, Shirley Yépez y Blanca Montenegro, testigos que dieron cuenta de la convivencia de los compañeros permanentes en forma continua e ininterrumpida desde el año 1994 hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Por otro lado, solicitó se repudien los testimonios presentados por la demandada, los cuales son confusos y dudosos.

En conclusión, reclamó el pago del retroactivo pensional de sobrevivientes en favor de su representada, desde el 7 de septiembre de 2015, junto con los intereses moratorios y costas procesales.

DEMANDADA MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO

Solicitó la apoderada de la demandada se revoque la sentencia y se le reconozca la pensión de sobrevivientes en el porcentaje a que haya lugar, al no encontrarse conforme frente al argumento del Juez A Quo, referente a que su representada no acreditó el derecho de ser compañera permanente por no depender económicamente del causante, en tanto, la ayuda dispensada por el fallecido era exclusivamente para su hija Tatiana, pues indicó que existe una indebida valoración de la prueba, ya que en la actualidad la relación de pareja no considera a la mujer como un ente que no tenga la posibilidad de acceder al mercado laboral y realizar un aporte económico, como ocurre en el caso en donde existía una economía compartida, por ende, aduce que el auxilio económico para comprobar la convivencia no debe ser de manera exclusiva, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos con enfoque de género así lo ha concluido. Indicó que, debe valorarse el testimonio de la Sra. Rubiela Yépez Marulanda, hermana del causante, quien manifestó que la ayuda mutua hacia el fallecido la percibió en mayor medida de la Sra. Marlene Martínez, quien le brindaba paz y le ayudaba en su estado anímico, con quien además a pesar de la distancia por razones de trabajo se mantuvo el vínculo espiritual y de comunidad de la pareja, pues si bien la convivencia se vio interrumpida lo fue por cuestiones laborales, las que no rompieron la unidad familiar como lo ha decantado nuestro órgano de cierre.

Así mismo, solicitó se valoren en debida forma las demás declaraciones vertidas en el debate probatorio, las que fueron espontaneas y contundentes en ratificar la convivencia de la pareja, advirtiendo además que, si bien el juez A Quo concluyó que el tratamiento de alcoholismo

suministrado al causante corrió por cuenta de sus hermanos, ello no descarta la convivencia de la pareja, ya que lo menos que se espera es la familia aun cuando el causante tuviera un vínculo conyugal o de compañera permanente, este presente como reflejo de una unidad familiar, por lo tanto, solicitó se revoque la sentencia.

PARTE VINCULADA DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA Y GABRIELA YEPEZ CABRERA

En síntesis, el apoderado de las vinculadas indicó que es la Sra. Julia Edit Cabrera Gómez, madre de sus representadas, quien tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50%, pues la prueba recaudada en el proceso da cuenta de la convivencia con el causante desde el año 1992 hasta el 2015, esto es, por más de 23 años, advirtiendo que si bien en julio de 2015 se separaron lo fue de común acuerdo, debido a que la pareja decidió que por el problema de alcoholismo del causante era mejor que éste arrendara una habitación; sin embargo, la demandante seguía pendiente de sus necesidades y existía el apoyo mutuo, por esas razones solicitó se revoque la decisión de la primera instancia y se le conceda el 50% de la pensión a la demandante y el restante a sus hijas hasta los 25 años siempre y cuando estén estudiando y luego se acreciente el porcentaje de la demandante en un 100%.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Esta Corporación mediante auto calendarado 24 de noviembre de 2021, admitió los recursos de apelación interpuestos y sustentados por los apoderados de la demandante JULIA EDIT CABRERA GOMEZ, MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO y DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones e inadmitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de GABRIELA YEPEZ CABRERA.

Así mismo, 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 demandada **COLPENSIONES**, solicitó se confirme la decisión de la primera instancia, como quiera que del acervo probatorio no es posible determinar los extremos en los cuales se extendieron la uniones maritales que las reclamantes del derecho deprecian, ni muchos menos que entre ellas y el causante hubiera existido vida en común, acompañamiento espiritual, respeto y ayuda mutua hasta el momento de su muerte, por el contrario las declaraciones practicadas resultan contradictorias e inconsistentes, aun cuando las mismas provienen de los mismos familiares del fallecido. Adicional a ello, indicó que tampoco se encuentra acreditada la convivencia en los últimos 5 años al deceso del causante, ya que los testigos dieron cuenta que para el momento del fallecimiento del Sr. Jair Antonio Yépez Marulanda, este no convivió ni con la demandante ni con la señora Marlene Jaqueline Martínez Guerrero, al encontrarse solo al momento del accidente que le causó la muerte, situación clara que permite colegir que entre ellos no existió

lazos de apoyo y solidaridad. La apoderada de la demandante JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, insistiendo que fue su representada quien convivió con el causante por 21 años y soportó las consecuencias de una persona que tenía dependencia al alcohol, los cuidados especiales que tuvo que brindarle a su compañero por tener problemas psiquiátricos y enfermedad de epilepsia, que lo llevaron a un intento de suicidio, por ende debe reconocérsele el 50% de la pensión en calidad de compañera permanente.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asunto del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que con las pruebas documentales arrimadas al proceso por las partes en litigio y las declaraciones de los testigos, no se alcanza a probar la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento entre el causante JAIR ANTONIO YÉPEZ y las reclamantes de la prestación, ni siquiera logran definir los extremos temporales de la aludida relación en condición de compañera permanente, por lo que procede la confirmación del fallo de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES.

PROBLEMA JURÍDICO.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES y en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, le corresponde a esta Sala de Decisión resolver si a JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ o a MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO, les asiste el derecho a que se les reconozca el 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de quien alegan fue su compañero permanente JAIR ANTONIO YEPEZ MARULANDA, así mismo, determinar si a las hijas del causante les asiste el derecho a continuar percibiendo la pensión de sobrevivientes.

Sea lo primero señalar que la Sala se pronunciará del posible derecho que le asista a Marlene Jaqueline Martínez Guerrero y demás beneficiarios del causante, pese a que no se vincularon como Terceros Ad Excludendum, siendo la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, quienes por el contrario fueron vinculados dando aplicación a la figura del LITIS CONSORCIO NECESARIO; sin embargo, la Sala no puede estarse a la manera como estos comparecieron sino a la verdadera naturaleza que correspondía a su intervención dentro de la causa, en tanto, al contestar la demanda se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demandante y manifestaron tener derecho a la pensión de sobrevivientes ejerciendo pretensiones propias y para respaldar esa aspiración solicitaron la práctica de las pruebas, que fueron decretadas y practicadas, mismas que tenían como objeto acreditar los requisitos para acceder a la pensión deprecada, postura que es avalada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16855 del 11 de noviembre de 2015, Radicación no 43654.

RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

Pretenden **JULIA EDIT CABRERA GOMEZ** y **MARLENE JAQUELINE MARTINEZ GUERRERO**, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en razón del fallecimiento del **SR. JAIR ANTONIO YEPEZ MARULANDA**, hecho que acaeció el 7 de septiembre de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 105 del plenario.

Ahora bien, se encuentra probado en esta instancia que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 418258 del 28 de diciembre de 2015, reconoció que el afiliado fallecido Sr. Jair Antonio Marulanda dejó causada una pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.119.016, prestación que concedió a las hijas del causante DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA, GABRIELA YEPEZ CABRERA y TATIANA VANESSA YEPEZ MARTÍNEZ, en un 16.66% para cada una dejando en suspenso el restante 50% de la pensión de vejez, al existir controversia respecto de la convivencia entre JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ y MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO (fls. 163- 176).

NORMATIVA APLICABLE AL CASO.

Sobre este punto precisa la Sala, que la aplicación en el tiempo de la norma que regula el derecho de los beneficiarios para obtener la pensión de sobrevivientes, se circunscribe a la data del fallecimiento del causante, toda vez que dicho evento es el que da nacimiento o genera la causación del derecho a la sustitución pensional, por lo que en el *sub lite* son aplicables las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones insertas por la Ley 797 de 2003, toda vez que el deceso del afiliado ocurrió el 7 de septiembre de 2015.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que a la data del fallecimiento del causante la demandante **JULIA EDIT CABRERA GOMEZ** y **MARLENE JAQUELINE MARTINEZ GUERRERO**, contaban con más de treinta años de edad, pues así se extrae de los respectivos registros de nacimiento que obran a folios 77 y 269 que dan cuenta respecto de la primera que la fecha de su nacimiento fue el 23 de mayo de 1970 y en cuanto a la segunda lo fue el 23 de diciembre de 1974, la normativa dispuesta en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, es la que regula la pensión de sobrevivientes a que tienen derecho los beneficiarios del causante para el asunto de marras, que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a la compañera permanente, mayor de 30 años, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado no menos de 5 años continuos con anterioridad a la fecha de su muerte, convivencia que también se ha exigido para el afiliado, posición que ha sido ratificada en varias providencias por nuestro órgano de cierre, como en sentencias, SL 5527 de 2021, SL 5433-2021 y SL 5237 de 2021, siendo en todo caso de advertir que la sentencia SL 1730 de 2020, que no exigía el tiempo de convivencia cuando se tratara de un afiliado, fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional

mediante sentencia SU 149 de 2021 y fue acatada por nuestro Órgano de cierre, en sentencia SL 4318 de 2021.

Ahora bien, sobre el concepto de convivencia nuestro Tribunal de Cierre ha explicado en varios pronunciamientos que es aquella comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado.

En cuanto a la convivencia simultánea con dos o más compañeros, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1399 del 25 de abril de 2018, recordó que si bien el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no regula ese aspecto en específico la Sala apoyándose en un caso similar ha defendido la tesis de que también en ese caso se genera el derecho a la pensión dividida entre las compañeras permanente de manera proporcional, pues rememoró que en sentencia SL402-2013, reiterada en SL18102-2016, se estableció

“Si bien es cierto que la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que, conforme a los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas, de manera que frente a ese vacío normativo la solución lógica no es la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables. En este sentido se dijo en sentencia de 17 de agosto de 2006, radicada con el número 27405, lo siguiente: ‘Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplían con los requisitos exigidos en las normas aplicables.

De lo anterior la Sala concluye que si dos compañeras permanentes acreditaran el requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es 5 años anteriores a la muerte del causante es posible el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su favor, pues se admite la posibilidad de convivencia simultánea entre compañeras permanentes.

CONDICIÓN DE COMPAÑERA PERMANENTE DE JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ Y DE MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO.

La demandante **JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ**, para acreditar el requisito de la convivencia con el causante dentro de los cinco (05) años anteriores a la fecha de su fallecimiento, aportó

declaraciones extraproceso rendidas por NANCY DEL CARMEN DAVILA BURBANO, MIRIAM DEL SOCORRO TRUJILLO MUÑOZ ,MARCO AURELIO LÓPEZ CHAMORRO y ANITA JULIA GUERRERO URBANO, el 25 de septiembre de 2015, quienes manifestaron conocer a la demandante hace 24, 25, 24 y 25 años respectivamente, por ello, les consta que compartieron con el causante pensional, un solo techo, lecho y mesa en unión libre y/o marital de hecho desde el 30 de marzo de 1992, hasta el último día que falleció el causante 7 de septiembre de 2015 (Fls. 149-162).

Así mismo, del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, se extraen las siguientes pruebas documentales.

1. Constancia expedida por el Instituto Departamental de Salud Nariño, el 20 de enero de 2016 en la cual se indica que revisados los documentos que se encuentran en custodia del archivo se halló la historia laboral del causante, en la que se registran como direcciones la Cll. 23 C No 1 E-51 Barrio la Carolina y la Manzana 23 casa 12 Barrio Tamasagra del Municipio de Pasto.
2. Escritura pública de venta e hipoteca de 20 de noviembre de 2008, suscrita por el causante como comprador y la vendedora Alicia Ibarra en la que se indicó "*Comparece nuevamente **Javier Antonio Yépez** identificado con cedula de ciudadanía 12.999.384 de Pasto y unión libre con sociedad conyugal de hecho vigente, con el fin de dar cumplimiento a la ley 258 de 17 de enero del 96 manifestó al señor notario.*
 - A. *Que no posee otro bien inmueble afectado a vivienda familiar*
 - B. *Que dado su estado civil si afecta el inmueble que adquiere a favor de su esposa **Julia Edith Cabrera**". En este mismo documento tanto el causante como la Sra. Julia Edit, registraron como dirección de domicilio la Mz. 23 C-12 Barrio Tamasagra y el mismo número telefónico.*
3. Declaración extrajuicio rendida por la demandante el 15 de enero de 2016, en la que manifestó que convivió con el causante en unión marital de hecho desde el 30 de marzo de 1992 hasta el 7 de septiembre de 2015.
4. Contrato de arrendamiento de vivienda suscrito en la ciudad de Bogotá el 12 de marzo de 2015, por la demandante y el causante como fiador (Fls. 440-441).
5. A folios 121 a 146, aparecen copias de la epicrisis del causante, en donde se informa que presenta antecedentes de alcoholismo y trastorno mental asociado al consumo de alcohol.

Así mismo, declaró ante el juez de primera instancia la señora **BLANCA ALICIA MONTENGRO**, quien aseguró conocer a la demandante desde el año 1989, porque vivió junto a su casa en el año 1992 en el Barrio la Carolina, comentando que luego se trasladaron al Barrio Tamasagra en donde vivieron 8 años y luego regresaron a la Carolina permaneciendo 5 años. Indicó que la Sra. Julia

Edit, le comunicó que el causante debía irse a vivir a Bogotá pero que por los estudios de su hija ella no lo acompañaría, pues lo haría cuando los terminara. Manifestó que, la demandante renunció a su trabajo para trasladarse a la ciudad de Bogotá en el año 2014 y que le consta que allí vivieron juntos porque ella se lo contó. Expuso, que la pareja desde el año 2010 al 2014 vivieron en el barrio la Carolina y la testigo los visitaba cada semana.

Por su parte, la testigo **SHIRLEY YÉPEZ MARULANDA**, hermana del causante, aseguró que conoce a la actora hace más de 26 años y que la considera su cuñada pese a que no se casó con su hermano. Indicó que, de igual forma conoce a Marlene Jaqueline Martínez, porque es la madre de Tatiana hija de su hermano fallecido. Aseguró que la Sra. Julia Cabrera Gómez tuvo dos hijas con el Sr. Jair Antonio; Daniela y Gabriela, advirtiendo que la primera de las referidas nació en el año 1995 y que unos años atrás el causante ya era pareja de la actora. Informó que, la pareja vivió en el Barrio la Carolina y luego en Tamasagra. Comentó que, en el año 2012 por problemas de alcoholismo al Sr. Jair Antonio, le cancelaron su contrato de trabajo, y en el año 2013 empezó una desintoxicación en la ciudad de Bogotá, lugar en donde su hermano le ayudó a conseguir trabajo en el Sena, ciudad a la cual la demandante se trasladó en octubre de 2014 y en noviembre su hija Gabriela, sitió en el que inicialmente llegaron a vivir con Rubiela Yépez Marulanda, hermana del causante y donde permanecieron hasta diciembre, pues luego se fueron a vivir solos, advirtiendo que como el fallecido tuvo una crisis de alcoholismo, decidieron para el mes de julio de 2015, arrendar una habitación para que el viviera allí, sitio en el que al poco tiempo apareció golpeado y al mes de estar internado en la UCI falleció. Comentó que, su hermano siempre estuvo pendiente de sus hijas y de Julia Cabrera Gómez. Finalmente, informó que el causante vivió muchos años en el Barrio la Carolina con la actora, luego en Tamasagra, donde recuerda siempre hacían reuniones familiares, destacando que debido al problema de alcoholismo del Sr. Jair Antonio, el solía desaparecer, encontrándolo en ocasiones con los amigos, en Colón o en Cali donde su hija, destacando la testigo que inclusive algunas veces lo buscó en casa de Marlene Jaqueline.

El testigo **RENÉ MORENO SEGOVIA**, manifestó conocer a la demandante desde el año 1990, porque inició un noviazgo con una de sus hermanas, por ello, también conoció al causante y le consta que convivieron como pareja en el barrio la Carolina desde el año 1992 y luego en Tamasagra, porque siempre se encontraban en eventos familiares, destacando que al menos desde el año 2010 los visitaba semanalmente, advirtiendo que el único distanciamiento de la pareja lo fue debido al tratamiento del alcoholismo del causante en Bogotá, en el año 2013, resaltando que tan pronto su hija menor terminó estudios, la actora se trasladó a esa ciudad en donde vivieron con Rubiela Yépez Marulanda, hermana del causante y luego solos. Comentó que no visitó a la pareja en la ciudad de Bogotá y que conoció de varias situaciones de la pareja por los comentarios que le hacía su esposa - hermana de Julia-

Por su parte **MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO**, para acreditar el requisito de convivencia con el causante dentro de los cinco (05) años anteriores a la fecha de su fallecimiento, aportó las declaraciones extraproceso rendidas por SERAFIN GONZALEZ DEL CASTILLO y

DORIS OLIVIA ERASO CUACES, en el mes de octubre de 2018, quienes manifestaron conocer al causante hace 14 y 26 años, respectivamente, por lo tanto, les consta que convivió con la Sra. MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO, en unión marital de hecho desde febrero de 2002 hasta el día de su fallecimiento 7 de septiembre de 2015 (Fls. 349-354).

Así mismo, la testigo **RUBIELA YEPEZ MARULANDA**, hermana del causante indicó que conoce a la demandante hace 23 años, porque es la madre de sus sobrinas Daniela y Gabriela. También conoce a la Sra. Marlene Jaqueline, desde 1985 porque estudiaron juntas, advirtiendo que luego ella tuvo una relación sentimental con su hermano Jair Antonio desde el año 1999 o 2000. Frente a la convivencia con Julia Edit, indicó que la misma fue difícil debido al problema de alcoholismo que padeció su hermano, advirtiendo en todo caso que no miró solidaridad de Julia hacia él. Informó la testigo que la pareja conformada por Julia y su hermano vivió en el Barrio la Carolina; no obstante, como la familia de la primera de las referidas se fue a vivir allí, el causante permanecía en casa de su madre o donde Marlene Jaqueline, resaltando que el Sr. Jair Antonio no tenía “*estabilidad conyugal*”. Informó que, a Julia Edit el causante la presentaba como la madre de sus hijos y no como su “*esposa*”; sin embargo aclara que esa situación se presentó a raíz de que la familia aceptó que su hermano sostuviera una relación con Julia Edit y Marlene Jaqueline, pues aduce que siempre lo llamaban de ambos lados y cumplía con las obligaciones de sus hijas, sosteniendo que el causante mantenía una “*relación doble*”, como “*esposo de ambas*” pues comenta que era muy hábil, hasta el punto en que sostiene se sentía muy agobiado porque tenía gastos de ambos hogares. Informó que, en el año 2013 el Sr. Jair Antonio se trasladó a la ciudad de Bogotá para iniciar un tratamiento de rehabilitación, época en la que vivió con su hermano Lizardo, y durante la cual no tuvo ingresos, razón por la cual fueron sus hermanos quienes les giraban dinero a las hijas del causante, pues desconoce si la demandante o la Sra. Marlene Jaqueline alguna vez le enviaron dinero al fallecido. Indicó que, posteriormente el causante pasó a vivir con la testigo y que Julia Edit, se trasladó a la ciudad de Bogotá en octubre de 2014, porque uno de sus hermanos al igual que al causante le ayudó a conseguir trabajo en el SENA. Informó que, Julia Edit y Jair Antonio vivieron con la testigo hasta diciembre de 2014 y que en enero de 2015, la primera de las referidas se fue a vivir a otro lugar y el Sr. Jair Antonio permaneció con la testigo hasta abril de ese mismo año y luego se trasladó a vivir solo a una habitación cerca de la vivienda de la demandante.

Sobre el accidente del causante informó, que el 25 de julio de 2015, la familia iba a celebrar un cumpleaños de uno de los hermanos; no obstante, a partir de ese día el Sr. Jair Antonio no contestó el teléfono, por ello, llamaron a la demandante quien no sabía nada de él, destacando que después de averiguar, el 6 de agosto de 2015, lo encontraron golpeado siendo llevado al Hospital El Tunal, lugar en donde aduce la actora acudía y les daba permiso para ingresar.

Aseguró que, tanto la demandante como la Sra. Marlene Jaqueline, aceptaban la existencia de una y de la otra y a nivel familiar ello también era conocido; no obstante, reitera que la demandante fue más madre que “*esposa*”, tanto en Pasto y en Bogotá, lugar donde comenta el tiempo en que convivieron ella no fue compañera de vida para su hermano, advirtiendo que de enero a marzo

ellos no vivieron juntos y tampoco mantenían relación como “esposos”; sin embargo, aduce que su hermano le comentó que se iba a vivir con la demandante pero que luego se fue a arrendar una habitación, mencionando en todo caso que siempre miró solidaridad y compañía respecto de Marlene Jaqueline, con quien sostiene su hermano convivió desde el 2013 “para atrás” en casa de ella en El Barrio el Tejar, relación que continuó pese a que el demandante se trasladó a Bogotá.

Por su parte, la testigo **LUZ MARÍA LÓPEZ**, aseguró que conoce a la Sra. Marlene Jaqueline hace 40 años, debido a que el padre de la misma era hermano de su cuñado. Manifestó que, desde el año 2003, tomó en arriendo un local en la casa donde habita la Sra. Marlene Jaqueline, por lo tanto, le consta que convivió con el causante, ya que los miraba salir y llegar juntos de su trabajo. Informó que, la hija de la pareja se llama Tatiana y que el causante siempre estaba pendiente de ella. Manifestó la testigo que, el causante fiaba lo necesario en su tienda para el hogar, y que cuando la Sra. Marlene Jaqueline, se lo presentó lo hizo como su “esposo”. Asegura que le consta que convivieron más de 5 años, porque la testigo permaneció en el local hasta el año 2016, destacando que no se separaron en ningún momento, solo en el año 2013 por cuestiones laborales, ya que el Sr. Jair Antonio se trasladó a Bogotá; sin embargo, afirma la pareja se seguía comunicando y estaban pendiente el uno del otro, recordando que en diciembre de 2014, el causante en unas vacaciones regresó e inclusive visitó a la testigo. En cuanto a la convivencia asegura que le consta que se trataban como “esposos” y que la Sra. Marlene Jaqueline, siempre trató de sacarlo del alcoholismo. Comentó que, no ingresó a la casa de la pareja, pero que en varias ocasiones se reunieron en casa de la mamá de Marlene Jaqueline y el causante siempre estaba allí. Finalmente, manifestó que la demandada no vivió en Bogotá con el causante y solo viajó cuando enfermó.

Así mismo, la señora **EVA ROSERO MOJICA**, indicó que conoce a la demandada desde el año 1996 porque ingresó a laborar a CALIMA DIESEL como recepcionista, y al causante desde el año 1999, porque comenzó una relación sentimental con la Sra. Marlene Jaqueline, misma que se formalizó cuando ella quedó en embarazo más o menos desde el 2001 o 2002. Adujo que el causante siempre la esperaba a la salida del trabajo y asistía a las reuniones de la empresa como su esposo. Luego, comenta la testigo se enteraron que el fallecido trabajaba en el IDSN y en el 2013 se trasladó a Bogotá porque tenía la oportunidad de laborar en el Sena; no obstante, ellos siguieron siendo pareja, pese a que asegura la Sra. Marlene Jaqueline, no viajó a Bogotá por razones laborales. Comentó que la pareja convivía en el barrio El Tejar, lugar donde la testigo afirma los visitaba una o dos veces al mes. Finalmente, manifestó que la Sra. Marlene Jaqueline, dependía del causante porque ella no ganaba un gran sueldo, además siempre fue responsable con los gastos de su hija Tatiana.

Del análisis en conjunto y crítico de las pruebas, contrario a lo resuelto por el Juez A Quo, para esta Sala de Decisión, en el presente asunto, se encuentra plenamente acreditada la convivencia simultánea de las dos compañeras permanentes, Julia Edit Cabrera Gómez y Marlene Jaqueline Martínez Guerrero con el causante Jair Antonio Yépez Marulanda, durante más de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, pues respecto de la primera, se encuentra probado que convivió desde el menos el 30 de marzo de 1992 y la segunda desde el nacimiento de su hija

Tatiana, esto es, desde el 2 de febrero de 2002, ambas hasta la fecha del fallecimiento de causante, 7 de septiembre de 2015.

De la convivencia simultánea dieron cuenta los testigos antes referidos de los cuales se extrae que el fallecido ante su grupo familiar y social denotaba convivencia, que conducen a concluir que el causante mantenía dos hogares de manera simultánea, así lo dieron a conocer los testigos tanto de la parte demandante como de la demandada, los que de manera coherente y convincente brindaron claridad respecto de la permanencia de los dos vínculos a lo largo del tiempo, sin que existiera una interrupción significativa y trascendente, nótese además que fue la testigo Rubiela Yépez Marulanda, quien si bien trató de desdibujar la convivencia del causante con la demandante porque en su parecer no miró solidaridad, aclaró tajantemente que su hermano sostenía una doble relación y que era hábil para ello y que de alguna manera las compañeras permanentes aceptaban esa situación, misma que también era conocida por el círculo familiar, al punto en que ella misma mencionó que en ocasiones debido al problema de alcoholismo del causante llamaban a sus hermanos tanto de la casa de la demandante Julia Edit como de Marlene Jaqueline.

Conviene advertir, que si bien según los expusieron los testigos la demandante no convivió con el causante antes de su fallecimiento, pues según la testigo Shirley Yépez Marulanda no lo hicieron desde julio de 2015, mientras que la testigo Rubiela Yépez Marulanda, aduce que fue desde enero de ese mismo año, lo cierto es que, existió una separación que para la Sala fue producto del problema de alcoholismo que padecía el causante que lo llevó a tomar en arriendo una habitación cerca de donde vivía la demandante y su hija Gabriela, lo cual es apenas comprensible debido a la enfermedad de alcoholismo que padecía el causante, más aun cuando había una menor de por medio; por ende, para la sala este hecho no resulta suficiente para que pueda tenerse como fin de los lazo afectivos de la pareja, de solidaridad y de apoyo mutuo que corresponden la convivencia, ya que como lo dijo la testigo Rubiela Yépez Marulanda el demandante seguía pendiente de su hija Gabriela.

En cuanto a la Sra. Marlene Jaqueline, si bien es claro que cuando el Sr. Jair Antonio, se fue para la ciudad de Bogotá en el año 2013 y hasta el año 2015 fecha del fallecimiento no convivieron en esa ciudad, también lo es que, de igual manera según lo expuesto por los testigos Rubiela Yépez Marulanda y Luz María López, la relación continuó, hasta el punto en que según lo informó esta última testigo, en diciembre de 2014, el causante estuvo en vacaciones con ella y luego cuando el Sr. Jair Yépez Marulanda, se encontraba en la UCI, como consecuencia del accidente que sufrió la Sra. Marlene Jaqueline y su hija viajaron a Bogotá, luego entonces, entiende la Sala que pese a que el causante se encontraba en Bogotá la comunidad de vida de la pareja continuó, pues así lo manifestó la testigo Rubiela Yépez Marulanda, cuando indicó que era la demandada quien le proporcionaba tranquilidad y acompañamiento, siendo evidente que se mantuvieron vigentes los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua.

Al respecto, nuestro órgano de cierre en sentencia SL 1548- 2018 que reiteró la SL 11940 de 2017, precisó que tratándose de convivencia, ha establecido que *“debe analizarse en cada caso particular, si existen circunstancias relevantes que impiden la cohabitación bajo un mismo techo de la pareja, como por ejemplo motivos de trabajo o de salud”*, pues indicó lo siguiente:

“Ahora bien, cierto es que esta Sala, haciendo un análisis sobre la verdadera intelección y alcance que se le debe dar a dicho precepto legal, ha sostenido que en tratándose de la convivencia, debe analizarse en cada caso particular, si existen circunstancias relevantes que impiden la cohabitación bajo un mismo techo de la pareja, como por ejemplo motivos de trabajo o de salud. En punto de debate, cabe citar lo dicho en la sentencia CSJ SL.11940-2017, rad. 47913, en donde se puntualizó:

En torno al entendimiento adecuado de la disposición citada, esta sala de la Corte, a través de su jurisprudencia, ha precisado que el presupuesto de la convivencia, que en los términos del sistema integral de seguridad social da derecho a la pensión de sobrevivientes, en tratándose de cónyuges o compañeros o compañeras permanentes, tiene una connotación eminentemente material, en oposición a los aspectos meramente formales del vínculo, además de que, jurídicamente hablando, debe ser estable, permanente y lo suficientemente sólida para consolidar un grupo familiar, que es el objeto de protección constitucional y legal. En tal sentido, desde la sentencia CSJ SL, 5 may. 2005, rad. 22560, reiterada en CSJ SL, 25 oct. 2005, rad. 24235; CSJ SL, 22 en. 2013, rad. 44677; y CSJ SL14237-2015, entre otras, la Corte definió que la condición de compañeros permanentes puede predicarse de:

“[...] quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia (...)”

Por dicha vía, esta sala de la Corte ha determinado que, efectivamente, a partir de una adecuada hermenéutica del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia que da derecho a la pensión de sobrevivientes.

“[...] debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo”.(Ver CSJ SL65192017)”.

En conclusión, para esta Sala no está debidamente acreditada alguna separación de hecho anterior a la muerte, que pudiera significar alguna interrupción de esa intención sólida, seria, efectiva, comprometida y duradera de conformar una familia, siendo en todo caso de anotar que resulta comprensible que durante los últimos años de vida y debido a la enfermedad de alcoholismo que padecía el causante y dada la posibilidad de trabajar en la ciudad de Bogotá, la cual también se le facilitó a la demandante, el fallecido hubiera permanecido mayor tiempo en uno de sus hogares,

esto es, con Julia Edit, que en el otro; no obstante, esa situación a juicio de la Sala no puede tenerse como una ruptura de alguno de dichos vínculos familiares, que diera al traste con la convivencia hasta el momento de la muerte, lo que resulta aplicable a ambas relaciones. Una interpretación en sentido contrario se circunscribiría dentro de una cultura patriarcal, que obligaría a la mujer a mantenerse sometida a su pareja, sin importar los vejámenes que trascienden del alcoholismo, lo cual resulta reprochable a voces del artículo 43 de la CP., por lo tanto, la sentencia de primera instancia será revocada en lo pertinente.

Así las cosas, al haberse acreditado el requisito de tiempo mínimo de convivencia exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por parte de las compañeras permanentes, razón por la cual al observar la Sala que existen fundamentos fácticos que avalan la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes dejada por el causante la otorgará en forma compartida a partir del **7 de septiembre de 2015**, en razón de 13 mesadas anuales, por cuanto el derecho pensional otorgado al fallecido se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, según el acto legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, si los anteriores argumentos no fueran suficientes que para la Sala si lo son, es de anotar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3948 de 2022, sostuvo que para acceder a la pensión de sobrevivientes generada por la muerte de un afiliado como lo era el causante Jair Yépez Marulanda, no era necesario acreditar una convivencia en pareja de 5 años anteriores a la muerte, pues expuso lo siguiente:

“(…)”

“Ahora bien, no puede pasarse por alto que la H. Corte Constitucional se pronunció sobre este tema, en particular, en la sentencia SU149-2021, donde dispuso dejar sin efectos la sentencia CSJ SL1730-2020, emitida por esta Corporación, al considerar ese órgano colegiado que en la decisión de la Sala de Casación Laboral «se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado», sosteniendo a su vez, «que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003». No obstante que, «dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido».

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional señaló, en la citada providencia, que la Sala de Casación Laboral se había apartado indebidamente del criterio constitucional al no haber cumplido con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación en la nueva postura al no mencionar explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni haber expuesto en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados.

Por tanto, atendida la necesidad de emitir un nuevo pronunciamiento, dentro un caso de matices similares al que promovió el cambio de postura, esta Sala procedió a dictar la sentencia CSJ SL5270-2021, donde expuso con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico por los cuales se apartaba del precedente constitucional referido, expresando de la siguiente manera los fundamentos primordiales de la postura sostenida:

[..]Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la

disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra

el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.

Finalmente, resulta necesario precisar, que la sentencia CSJ SL1730-2020, en la que se fijó inicialmente el criterio en el que se insiste en esta nueva oportunidad, fue dejada sin efectos mediante la sentencia CC SU-149-2021, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, empero, esta Sala especializada se aparta de lo razonado en esa providencia, a la que se dio cumplimiento mediante sentencia CSJ SL4318-2021, por las razones allí esbozadas, que se traen nuevamente a colación, para cumplir con la carga de transparencia, exponiendo con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico, por los que se aparta del precedente constitucional referido.

Para esta Sala, en ninguna interpretación irrazonable ni desproporcionada del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se incurrió en la decisión que se dejó sin efectos por la Corte

Constitucional, ni en esta que reafirma el mismo criterio; por el contrario, la intelección dada se acompasa perfectamente con los supuestos establecidos en la disposición en comento, y más aún, con la clara finalidad del legislador al prever las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o de compañero (a) permanente, de afiliado (a) o de pensionado (a), y la protección de su núcleo familiar, sin que se produzcan los resultados desproporcionados aducidos, respecto a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ni se esté en contraposición con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que valga acotar, en materia de pensión de sobrevivientes tiene un alcance y naturaleza distinta.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta prestación, así como la de invalidez, se financia en el sistema pensional, no solo con los aportes de los afiliados, sino con la suma adicional a cargo de las aseguradoras, en el régimen de ahorro individual, por el seguro previsional; con la reserva pensional para ese efecto, del fondo común en el régimen de prima media; y, en el sistema de riesgos profesionales, la financiación está dada por las normas propias de los seguros, en virtud de la ocurrencia de los respectivos siniestros.

Es por ello, que la decisión no tendría la virtualidad de afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, menos aún la sostenibilidad fiscal, que como lo recordó el alto Tribunal Constitucional difiere de aquel principio, puesto que está dirigido a reducir el déficit fiscal, esto es, la brecha entre el ingreso y el gasto público, y en sus palabras «no puede servir de fundamento para el menoscabo de los derechos fundamentales, la restricción de su alcance o la omisión en su protección» (CC SU-149-2021), resultando por el contrario relevante, para cumplir los fines propios del Estado Social y Democrático de derecho.

Y, en manera alguna se violentó el principio de igualdad, tal como expresamente se analizó

con anterioridad, en tanto que, como lo ha precisado de manera reiterada la misma Corte Constitucional, ésta solo puede predicarse entre iguales, y la diferenciación establecida por el legislador, encuentra plena justificación en las discrepancias entre uno y otro supuesto, persiguiendo una finalidad que esa misma Corporación consideró legítima en la sentencia CC C-1094-2003, al analizar la constitucionalidad de la regulación que la consagra, declarando en esa oportunidad la exequibilidad de la disposición.

Tampoco se desconoció el precedente constitucional en la sentencia que se dejó sin efectos, pues se itera, no evidencia esta Sala un verdadero acierto en la afirmación efectuada respecto a que, en la sentencia CC SU-428-2016, se fijó una regla jurisprudencial aplicable al caso, esto es, de convivencia mínima de cinco años tratándose de muerte de pensionado o de afiliado, tema al que se hizo referencia de manera tangencial, entre los otros que fueron puestos a consideración del órgano de cierre constitucional, advirtiéndose al respecto la necesidad de ser miembro del grupo familiar del causante al momento de su muerte, y de la convivencia real y efectiva, para lo cual se remitió al precedente de esta Corporación, sin que esa consideración riña con la precisión jurisprudencial que fuera invalidada.

En todo caso, tal decisión constitucional lo que hace es adaptar las consideraciones de las providencias CC C-336-2014 y CC C-1176-2001, como justificación de ese mínimo tiempo de convivencia, mediante la cita de apartes que se encuentran referidos específicamente a la protección del pensionado y su familia, sin análisis y justificación alguna respecto de la extensión de tales exigencias para cuando muere un afiliado al sistema pensional, caso en el que el legislador no previó ese mínimo.

Y es de ahí justamente, de donde se deriva que, en verdad, no constituye el precedente específicamente aplicable, ni podía dar lugar al defecto sustantivo por su desconocimiento, ni a la imputación de incumplimiento de las cargas de transparencia y argumentativa, en tanto que la precisión jurisprudencial justamente se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional en asuntos y materias que sí guardan estrecha identidad con la que fue objeto de debate, atendiendo particularmente a las argumentaciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad, que analizó el mencionado requisito y la diferenciación legislativa legítima prevista, por lo que forzoso es concluir que, el único precedente aplicable en la materia, lo constituye ahora si la sentencia CC SU-149-2021, de la que se aparta esta corporación.

La totalidad de razones expuestas, son más que suficientes para la modificación del criterio jurisprudencial, que hoy se reproduce, frente a la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, lo que resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones. [...]

Así las cosas, del anterior precedente jurisprudencial se puede concluir que el criterio actualmente vigente, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, antes de la muerte, pues con la simple acreditación de la aludida condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto previsto en el literal a) de la referida normativa que genera el reconocimiento de la prestación

En ese orden de ideas, para establecer la proporción que le corresponde a cada una de ellas, se toma la suma total del tiempo de convivencia del causante con las beneficiarias de pensión de sobrevivientes de ambas compañeras permanentes, esto es un total de 13.334 días que equivalen a 37,03 años y que corresponden al 100% del período convivido.

En razón de lo anterior, se tiene que la proporción que corresponde a JULIA EDIT CABRERA GOMEZ, es del 63,28% de la pensión, por el lapso del 30 de marzo de 1992 hasta el 7 de

septiembre de 2015, y para MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO, por el tiempo convivido desde el 2 de febrero de 2002 hasta el 7 de septiembre de 2015, el equivalente al 36.72%, ello siguiendo el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL2893 de 2021, en el que precisó que el otorgamiento de la prestación pensional de sobrevivientes en tratándose de compañeras permanentes también debe ser en proporción al tiempo de convivencia.

Así las cosas, realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, tal y como consta en el anexo único que hace parte de la presente decisión, el retroactivo pensional de sobrevivientes causado desde el 7 de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre del año en curso, asciende a una suma global de **\$63.185.491**, que indexado a la misma data equivale a **\$70.760.847**, respecto del cual le corresponde a la demandante JULIA EDIT CABRETA GÓMEZ teniendo en cuenta el 63.28% que se le asignó un monto de **\$44.777.464** y para la compañera permanente MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO, el 36.72 % asciende a **\$25.983.383**, montos de los cuales se autorizará a COLPENSIONES deducir los descuentos respectivos a favor del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud de conformidad con las disposiciones legales pertinentes y que deberá indexarlos hasta la fecha del pago.

Por las anteriores consideraciones se revocará la sentencia en lo pertinente.

DERECHO PENSIONAL DE SOBREVIVIENTES DE DANIELA YEPEZ CABRERA, GABRIELA YEPEZ CABRERA y TATIANA YEPEZ MARTÍNEZ.

Sobre el derecho pensional de sobrevivientes de las hijas del causante se tiene que COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 418258 del 28 de diciembre de 2015 (Fls. 163 y ss), les reconoció el referido derecho a DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA, GABRIELA YEPEZ CABRERA y TATIANA VANESSA YEPEZ MARTÍNEZ, en un 16.66% para cada una del 50% de la pensión de sobrevivientes, precisando que la primera tendría el derecho hasta los 25 años de edad, esto es, hasta el 14 de septiembre de 2020, la segunda hasta el 31 de mayo de 2023 día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el 31 de mayo de 2030, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre que acredite escolaridad y a la tercera hasta el 8 de febrero de 2020 fecha en que cumplía 18 años de edad y hasta el 8 de febrero de 2027, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, de igual forma siempre que acredite que cursa estudios.

Así las cosas, teniendo en cuenta que **DANIELA MELLISSA YEPEZ CABRERA**, según el registro civil de nacimiento visible a folio 97, nació el 15 de septiembre de 1995, por lo tanto, llegó a los 25 años de edad, el 15 de septiembre de 2020, no le asiste el derecho a continuar percibiendo la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, el mismo será suspendido.

En el caso de **GABRIELA YEPEZ CABRERA**, se tiene que según el registro civil de nacimiento visibles a folio 99, nació el 1º de junio de 2005, por lo tanto, continuará percibiendo la pensión de sobrevivientes como lo determinó COLPENSIONES, pero en un 25% de la cuantía de la misma, esto es hasta el 31 de mayo de 2023 día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta los 25 años de edad, esto es hasta el 31 de mayo de 2030, si acredita estudios.

Para el caso de **TATIANA VANESSA YEPEZ MARTÍNEZ**, del registro civil de nacimiento visibles a folio 347, se observa que nació el 9 de febrero de 2002, por lo tanto, cumplió la mayoría de edad el 9 de febrero 2020; sin embargo, tendrá derecho a continuar percibiendo el derecho hasta que cumpla los 25 años, esto es hasta el 8 de febrero de 2027, como lo concluyó COLPENSIONES, siempre y cuando acredite estudios, porcentaje que será equivalente al 25% de la pensión de sobrevivientes. En caso de que no acredite estudios se acrecentará el porcentaje para GABRIELA YEPEZ CABRERA en un 50%.

En adelante y cuando las hijas del causante se les suspenda el derecho, el 100% de la pensión deberá ser distribuida en favor de las compañeras permanentes en los porcentajes respectivos, por lo tanto, se modificará la sentencia en lo pertinente.

INTERESES MORATORIOS

En cuanto a los intereses moratorios reclamados por la parte demandante, los mismos deben descartarse, como quiera que COLPENSIONES, no se abstuvo de reconocer la pensión de sobrevivientes de manera arbitraria o injustificada, sino por una controversia legítima entre quienes concurren como compañeras permanentes y potenciales beneficiarias (Ver sentencia CSJ SL704-2013). En su lugar, se concedió la indexación de las mesadas pensionales causadas y no pagadas

EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES respecto de quien se surte grado jurisdiccional de consulta propuso como excepciones de fondo las de "COBRO DE LO NO DEBIDO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "BUENA FE", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", las cuales de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de que aquella se soporta en la inexistencia del derecho reclamado por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de **PRESCRIPCIÓN** habrá de declararse no probada por cuanto: Según Resolución GNR 418258 del 28 de diciembre de 2015, JULIA EDIT CABRERA GOMEZ y MARLENE JAQUELINE MARTIENEZ GUERRERO, reclamaron pensión de sobrevivientes el en

el mes de octubre de 2015 (fls.163 y ss), prestación que les fue negada, decisión que fue objeto de recurso de apelación siendo confirmada mediante acto administrativo VPB 19024 del 25 de abril de 2016 (fls. 179 y ss). La demanda según la constancia de reparto se radicó el 19 de septiembre de 2018 (fl.197), lo que evidencia que entre tales actuaciones no transcurrió el término trienal que prevén los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

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 de primera instancia a COLPENSIONES, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, en favor de la demandante JULIA EDIT CABRERA GOMEZ. 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 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem. En la segunda instancia no se causan costas en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES, y debido a la prosperidad de los recursos de apelación interpuestos

CONCLUSION

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 las partes, 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 revocar los numerales primero y segundo de la sentencia para en su lugar reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de las compañeras permanentes. Adicionalmente, se modificarán los numerales tercero a quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar regular el derecho pensional en favor de las hijas del causante conforme se explicó en la parte motiva de esta sentencia. Además, se adicionará la sentencia con un numeral, para declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones respecto del derecho pensional de sobrevivientes reclamado por las compañeras permanentes.

II. 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: REVOCAR los numerales **PRIMERO Y SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 27 de agosto de 2021, objeto de apelación y de revisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente decisión, para en su lugar

“PRIMERO: DECLARAR que la señora **JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ y MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO**, de notas civiles conocidas en el proceso, en calidad de compañeras permanentes supérstites del causante **JAIR ANTONIO YEPEZ MARULANDA**, tienen derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en un monto equivalente al 63,28% y 36,72, respectivamente, del 50% de la pensión otorgada al causante a partir del 7 de septiembre de 2015.

“SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a la señora **JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ**, un retroactivo por pensión de sobrevivientes indexado de **\$44.777.464**, causado entre el 7 de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre del 2022 y a la señora **MARLENE JAQUELINE MARTÍNEZ GUERRERO**, la suma de **\$25.983.383**, causado desde el 7 de septiembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2022; sumas que se indexan hasta esa misma data, sin perjuicio de lo que se siga causando así como su indexación que deberá realizarse hasta el momento del pago, retroactivo que se calculó con base en 13 mesadas pensionales y del cual se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos respectivos a favor del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud de conformidad con las disposiciones legales pertinentes.”

SEGUNDO: MODIFICAR LOS NUMERALES TERCERO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 27 de agosto de 2021, objeto de apelación de y revisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente decisión, los cuales quedarán así:

TERCERO: SUSPENDER el derecho pensional de sobrevivientes reconocido en favor de **DANIELA MELISSA YEPEZ CABRERA**, por las razones expuesta en la parte motiva de esta sentencia

“CUARTO: DECLARAR que **GABRIELA YEPEZ CABRERA** tiene derecho a continuar percibiendo la pensión de sobrevivientes dejada por el causante **Jair Antonio Yépez Marulanda**, como lo determinó COLPENSIONES, pero en un 25% de la cuantía de la misma, esto es, hasta el 31 de mayo de 2023, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta los 25 años de edad, es decir, hasta el 31 de mayo de 2030, siempre y cuando acredite estudios ante la demandada COLPENSIONES”.

“QUINTO: DECLARAR que **TATIANA YEPEZ MARTINEZ**, tendrá derecho a continuar percibiendo el derecho a la pensión de sobrevivientes dejada por el causante **Jair Antonio Yépez Marulanda**, hasta que cumpla los 25 años, esto es hasta el 8 de febrero de 2027, como lo concluyó COLPENSIONES, siempre y cuando acredite estudios, porcentaje que será equivalente al 25% de la pensión de sobrevivientes. En caso de que no acredite estudios se acrecentará el porcentaje para **GABRIELA YEPEZ CABRERA** en un 50%, siempre y cuando esta última conserve el derecho a percibirla”.

“En adelante y cuando a las hijas del causante se les suspenda el derecho, el 100% de la pensión deberá ser distribuida en favor de las compañeras permanentes en los porcentajes respectivos y de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta decisión”

TERCERO: **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 27 de agosto de 2011, con un numeral **SEPTIMO**, que será del siguiente tenor.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante JULIA EDIT CABRERA GÓMEZ. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en \$2.000.000 las cuáles serán liquidadas conforme lo ordena el artículo 366 del C.G.P.

QUINTO: GLOSAR a la sentencia el cuadro respectivo del cálculo de retroactivo pensional de sobrevivientes.

SEXTO: SIN COSTAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA, por no haberse causado

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 602. 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.

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



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado Ponente.



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

(en permiso)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- Proceso Ordinario No.

520013105001-2018-00353-01 (431)

Magistrado Ponente: Juan Carlos Muñoz

EVOLUCION MESADAS			
AÑO	%SL / IPC	SALARIO	50%
2015	3,66%	\$ 1.119.016	\$ 559.508
2016	6,77%	\$ 1.159.972	\$ 579.986
2017	5,75%	\$ 1.238.502	\$ 619.251
2018	4,09%	\$ 1.309.716	\$ 654.858
2019	3,18%	\$ 1.363.283	\$ 681.642
2020	3,80%	\$ 1.406.636	\$ 703.318
2021	1,61%	\$ 1.460.088	\$ 730.044
2022	5,62%	\$ 1.483.595	\$ 741.798

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO	
Deben diferencia de mesadas desde:	7-sep.-15
Deben diferencia de mesadas hasta:	30-nov.-22
Se indexa hasta	30-nov.-22
IPC base 2018	

DIFERENCIAS ADEUDADAS CON INDEXACIÓN							
SE LIQUIDAN 13 MESADAS							
PERIODO	D. Mesadas adeudada	Número de mesadas	Deuda total D. mesadas	IPC INICIAL	IPC FINAL	D. Mesada actualizada	
7/09/2015	30/09/2015	\$ 559.508	0,80	\$ 447.606	86,39	124,46	\$ 644.820
1/10/2015	31/10/2015	\$ 559.508	1,00	\$ 559.508	86,98	124,46	\$ 800.564
1/11/2015	30/11/2015	\$ 559.508	2,00	\$ 1.119.016	87,51	124,46	\$ 1.591.532
1/12/2015	31/12/2015	\$ 559.508	1,00	\$ 559.508	88,05	124,46	\$ 790.854
1/01/2016	31/01/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	89,19	124,46	\$ 809.353
1/02/2016	29/02/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	90,33	124,46	\$ 799.128
1/03/2016	31/03/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	91,18	124,46	\$ 791.657
1/04/2016	30/04/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	91,63	124,46	\$ 787.749
1/05/2016	31/05/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	92,10	124,46	\$ 783.753
1/06/2016	30/06/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	92,54	124,46	\$ 780.012
1/07/2016	31/07/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	93,02	124,46	\$ 775.977
1/08/2016	31/08/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	92,73	124,46	\$ 778.467
1/09/2016	30/09/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	92,68	124,46	\$ 778.879
1/10/2016	31/10/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	92,62	124,46	\$ 779.346
1/11/2016	30/11/2016	\$ 579.986	2,00	\$ 1.159.972	92,73	124,46	\$ 1.556.949
1/12/2016	31/12/2016	\$ 579.986	1,00	\$ 579.986	93,11	124,46	\$ 775.243
1/01/2017	31/01/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	94,07	124,46	\$ 819.336
1/02/2017	28/02/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	95,01	124,46	\$ 811.177
1/03/2017	31/03/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	95,46	124,46	\$ 807.416
1/04/2017	30/04/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	95,91	124,46	\$ 803.609
1/05/2017	31/05/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,12	124,46	\$ 801.803
1/06/2017	30/06/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,23	124,46	\$ 800.885
1/07/2017	31/07/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,18	124,46	\$ 801.294
1/08/2017	31/08/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,32	124,46	\$ 800.174
1/09/2017	30/09/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,36	124,46	\$ 799.852
1/10/2017	31/10/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,37	124,46	\$ 799.718
1/11/2017	30/11/2017	\$ 619.251	2,00	\$ 1.238.502	96,55	124,46	\$ 1.596.549
1/12/2017	31/12/2017	\$ 619.251	1,00	\$ 619.251	96,92	124,46	\$ 795.213
1/01/2018	31/01/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	97,53	124,46	\$ 835.698
1/02/2018	28/02/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	98,22	124,46	\$ 829.837
1/03/2018	31/03/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	98,45	124,46	\$ 827.849
1/04/2018	30/04/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	98,91	124,46	\$ 824.044
1/05/2018	31/05/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,16	124,46	\$ 821.959
1/06/2018	30/06/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,31	124,46	\$ 820.690
1/07/2018	31/07/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,18	124,46	\$ 821.738
1/08/2018	31/08/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,30	124,46	\$ 820.755
1/09/2018	30/09/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,47	124,46	\$ 819.403
1/10/2018	31/10/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	99,59	124,46	\$ 818.418
1/11/2018	30/11/2018	\$ 654.858	2,00	\$ 1.309.716	99,70	124,46	\$ 1.634.919
1/12/2018	31/12/2018	\$ 654.858	1,00	\$ 654.858	100,00	124,46	\$ 815.036
1/01/2019	31/01/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	100,60	124,46	\$ 843.323
1/02/2019	28/02/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	101,18	124,46	\$ 838.504
1/03/2019	31/03/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	101,62	124,46	\$ 834.882
1/04/2019	30/04/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	102,12	124,46	\$ 830.768
1/05/2019	31/05/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	102,44	124,46	\$ 828.164
1/06/2019	30/06/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	102,71	124,46	\$ 825.987
1/07/2019	31/07/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	102,94	124,46	\$ 824.141
1/08/2019	31/08/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	103,03	124,46	\$ 823.422
1/09/2019	30/09/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	103,26	124,46	\$ 821.587
1/10/2019	31/10/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	103,43	124,46	\$ 820.237
1/11/2019	30/11/2019	\$ 681.642	2,00	\$ 1.363.283	103,54	124,46	\$ 1.638.731
1/12/2019	31/12/2019	\$ 681.642	1,00	\$ 681.642	103,80	124,46	\$ 817.313
1/01/2020	31/01/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	104,24	124,46	\$ 839.744
1/02/2020	29/02/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	104,94	124,46	\$ 834.143
1/03/2020	31/03/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,53	124,46	\$ 829.479
1/04/2020	30/04/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,70	124,46	\$ 828.145
1/05/2020	31/05/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,36	124,46	\$ 830.818
1/06/2020	30/06/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	104,97	124,46	\$ 833.904
1/07/2020	31/07/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	104,97	124,46	\$ 833.904
1/08/2020	31/08/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	104,96	124,46	\$ 833.984
1/09/2020	30/09/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,29	124,46	\$ 831.370
1/10/2020	31/10/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,23	124,46	\$ 831.844
1/11/2020	30/11/2020	\$ 703.318	2,00	\$ 1.406.636	105,08	124,46	\$ 1.666.063
1/12/2020	31/12/2020	\$ 703.318	1,00	\$ 703.318	105,48	124,46	\$ 829.872
1/01/2021	31/01/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	105,91	124,46	\$ 857.910
1/02/2021	28/02/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	106,58	124,46	\$ 852.517
1/03/2021	31/03/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	107,12	124,46	\$ 848.219
1/04/2021	30/04/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	107,76	124,46	\$ 843.182
1/05/2021	31/05/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	108,84	124,46	\$ 834.815
1/06/2021	30/06/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	108,78	124,46	\$ 835.276
1/07/2021	31/07/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	109,14	124,46	\$ 832.520
1/08/2021	31/08/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	109,62	124,46	\$ 828.875
1/09/2021	30/09/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	110,04	124,46	\$ 825.711
1/10/2021	31/10/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	110,06	124,46	\$ 825.561
1/11/2021	30/11/2021	\$ 730.044	2,00	\$ 1.460.088	110,60	124,46	\$ 1.643.061
1/12/2021	31/12/2021	\$ 730.044	1,00	\$ 730.044	111,41	124,46	\$ 815.558
1/01/2022	31/01/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	113,26	124,46	\$ 815.152
1/02/2022	28/02/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	115,11	124,46	\$ 802.051
1/03/2022	31/03/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	116,26	124,46	\$ 794.118
1/04/2022	30/04/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	117,71	124,46	\$ 784.336
1/05/2022	31/05/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	118,70	124,46	\$ 777.794
1/06/2022	30/06/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	119,31	124,46	\$ 773.817
1/07/2022	31/07/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	120,27	124,46	\$ 767.641
1/08/2022	31/08/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	121,50	124,46	\$ 759.869
1/09/2022	30/09/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	122,63	124,46	\$ 752.867
1/10/2022	31/10/2022	\$ 741.798	1,00	\$ 741.798	123,51	124,46	\$ 747.509
1/11/2022	30/11/2022	\$ 741.798	2,00	\$ 1.483.595	124,46	124,46	\$ 1.483.595
Totales				\$ 63.185.491			\$ 70.760.847

RESUMEN DEL RETROACTIVO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
RETROACTIVO DE MESADAS	\$ 63.185.491
RETROACTIVO DE MESADAS INDEXADAS A 30-11/2022	\$ 70.760.847

DISTRIBUCION DE MESADAS						
JULIA EDITH CABRERA GOMEZ						MESADA INDEXADA
Periodo de convivencia	30/03/1992	Dias periodo	8.438	Porcentaje	63,28	\$ 44.777.464
	7/09/2015					
MARLENY JACQUELINE MARTINEZ GUERRERO						
Periodo de convivencia	2/02/2002	Dias periodo	4.896	Porcentaje	36,72	\$ 25.983.383
	7/09/2015					
		TOTAL DIAS	13.334			\$ 70.760.847

JUAN CARLOS MUÑOZ

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Laboral- Proceso Ordinario No.

520013105001-2018-00353-01 (431)

Magistrado Ponente: Juan Carlos Muñoz

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO (PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2021-00370-01 (420)

AUTO No. 592

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 **JOSÉ RAMIRO SUAREZ** en contra de **BILLY JONATHAN ERAZO MUÑOZ, LAUREANO TOMÁS ERAZO BASTIDAS y ROSA NUBIA MUÑOZ CABRERA** como propietarios de **DISTRIBUCIONES BJ, LA MEK DISTRIBUCIONES y ROSNIV DISTRIBUCIONES** respectivamente; y, solidariamente a **PRODUCTOS YUPI S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado a término indefinido con los demandados, que rigió desde el 16 de mayo de 2007 hasta el 30 de enero de 2016, cuando terminó por despido indirecto por parte de los empleadores. De igual manera, que los mencionados conforman una unión empresarial de carácter familiar y, finalmente, que la empresa **PRODUCTOS YUPI S.A.S.** es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. En consecuencia, solicita condenar al pago de las acreencias laborales enlistadas en el escrito genitor e indemnizaciones, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas, además de los derechos que resulten de aplicar las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que el 16 de mayo de 2007 fue contratado verbalmente por el Sr. **LAUREANO TOMAS ERAZO**, desempeñándose como vendedor de productos y mercancías, realizando las

funciones relacionadas en el hecho tercero de la demanda. Señala que, en vigencia de la relación laboral, también prestó sus servicios al Sr. BILLY JONATHAN ERAZO y la Sra. ROSA NUBIA MUÑOZ quienes, junto con el contratante, supervisaban, ordenaban y coordinaban su trabajo, conformando una misma unidad empresarial de carácter familiar y en explotación de una misma actividad económica; el horario de trabajo lo desarrolló de lunes a sábado, de 6:30 a.m. a 4:00 p.m.; que recibía un salario variable y a destajo, que dependía de la mercancía vendida en cada quincena, recibiendo un porcentaje del 8,4% de las ventas totales, labor para la que recibía constantes capacitaciones de atención al público, ventas, labores de cobranza, siempre bajo instrucciones y con posibilidad de llamados de atención.

Señala que los traídos a juicio le suministraron un vehículo automotor tipo motocicleta, para la distribución y venta de los productos, quienes además definían la ruta que debía cumplir a través de la asignación de los establecimientos de comercio en los cuales debía entregar y cobrar la mercancía.

Sostiene que el contrato de trabajo finalizó por renuncia que se hizo efectiva el 30 de enero de 2016, debido a que los demandados omitieron el pago de los derechos laborales reclamados con la presente acción, tales como, prima de servicios, cesantía, intereses a la cesantía, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, entre otros. Finalmente, expone que existe responsabilidad solidaria por parte de PRODUCTOS YUPI S.A.S., al ser beneficiario del trabajo realizado.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda y su reforma, los demandados BILLY JONATHAN ERAZO MUÑOZ y ROSA NUBIA MUÑOZ CABRERA, la contestaron para oponerse cada una de las pretensiones formuladas en su contra, negando la existencia del vínculo laboral o comercial con el demandante, pues si bien como familia se colaboran en la ejecución de sus labores esto no determina que son empleadores o contratantes de los subdistribuidores. En su defensa propusieron las excepciones que denominaron "prescripción" y "falta de legitimidad por pasiva".

Por su parte, el demandado LAUREANO TOMAS ERASO MUÑOZ al contestar la demanda se opuso a las pretensiones formuladas por activa, arguyendo que no existió ningún vínculo laboral pero si un contrato de distribución de alimentos, en el que el convocante contaba con autonomía en ventas y horario y, además, no percibía

ninguna clase de salario pues generaba su propia utilidad de forma diaria, a través de las ventas efectuadas. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas “prescripción” y “existencia de contrato civil de distribución”.

Finalmente, la sociedad demandada fundamenta su defensa en que suscribieron con los demandados, como personas naturales, contrato de distribución el cual se desarrolló en forma autónoma y asumiendo todos los riesgos para el expendio de los productos del fabricante en una determinada zona del departamento de Nariño; por tanto, los distribuidores cuentan con autonomía para realizar el expendio de forma personal o contratando a personal, de modo que, entre el demandante y PRODUCTOS YUPI S.A.S., no existió ningún vínculo laboral. Agrega que de demostrar los supuestos hechos en contra de los demandados como personas naturales, estos no podrán hacerse extensivos de manera solidaria, toda vez que estarían frente a verdaderos empleadores y no ante representantes o intermediarios, beneficiando directamente a su contratante y no al fabricante. Con base en ello formuló las excepciones de mérito denominadas “prescripción”, “inexistencia de la obligación-cobro de lo no debido- carencia de causa objetiva de la acción- ausencia de derecho sustantivo”, “innominada” y “buena fe de la empresa”.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en decisión fechada del 9 de diciembre de 2021, la directora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto declaró probada la excepción “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA” propuesta por BILLY JONATAN ERAZO MUÑOZ y ROSA NUVIA MUÑOZ y “EXISTENCIA DE CONTRATO CIVIL DE DISTRIBUCIÓN” alegada por LAUREANO TOMAS ERAZO, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra y condenando en costas a la parte convocante.

Para arribar a tal conclusión, la jueza cognoscente estableció que si bien en el asunto bajo estudio existen algunos elementos que podrían indicar que existió un contrato de trabajo, lo cierto es que conforme al material probatorio, lo probado es la existencia de un vínculo contractual de tipo comercial, particularmente de distribución, señalando que tampoco puede imponerse condenas por presunta solidaridad teniendo en cuenta la inexistencia del contrato de trabajo pretendido.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la parte demandante interpone recurso de apelación, señalando para ello que en el sub examine se probaron los elementos que conforman la relación laboral, pues comparte la decisión del juzgado al tener como probado que el demandante prestó personalmente sus servicios a favor de los demandados, aspecto que además se corrobora con el testimonio del Sr. JUAN PABLO ORTEGA. Agrega que si bien esta prestación se enmarcó entre el año 2008 y el 2013, el extremo final no resulta correcto, toda vez que del testimonio del Sr. JHONNY BOLAÑOS, quien brinda la suficiente credibilidad al ser compañero de trabajo del demandante, se extrae que trabajó hasta el 30 de enero de 2016; por tanto, como se acreditó la prestación personal del servicio era deber de los demandados desvirtuar la presunción en su contra, sin que se lograra dentro del proceso.

Difiere de que se le haya dado valor probatorio a las facturas aportadas por la parte demandada, las cuales fueron desconocidas por el convocante, por cuanto las relaciones laborales pueden ser demostradas únicamente con la prueba testimonial, como en el presente caso, se hizo a través de la testimonial rendida por JHONNY BOLAÑOS.

Afirma que existen indicios que demuestran la subordinación, como el hecho de fijar una ruta de distribución, la cual debía cumplirse obligatoriamente; el cumplimiento de un horario, tal como lo refieren los testigos cuando manifiestan que la jornada laboral iniciaba las 6:30 y terminaba entre las 5:00 p.m o 6:00 p.m; con las reuniones que tenían lugar en cada inició de labores, en las que se brindaba instrucciones para cumplir las actividades, capacitaciones y diferentes órdenes relacionadas con la forma de trabajar.

Solicita que se valore adecuadamente la certificación laboral aportada, por cuanto en el expediente digital del juzgado se encuentra de forma incompleta, lo cual no ocurre en el expediente físico, por tanto, no se debió sacar ninguna conclusión de este; asimismo, aduce que dio valor a los contratos suscritos con el fabricante YUPI, ni las declaraciones dadas por la representante legal en la que indicó situaciones que denotan la existencia de un contrato laboral.

Frente al salario señala que, a falta de desprendibles de pago, el demandante demostró las comisiones devengadas y ello, conforme a la normativa laboral, constituyen salario, mismo que debió presumirse al menos en un SMLMV.

Finalmente menciona que los efectos del fallo deben extenderse solidariamente al fabricante YUPI, dado que su responsabilidad quedó demostrada dentro del proceso y de acuerdo con el artículo 34 C.S.T. dicha empresa obtuvo un beneficio directo de la labor desempeñada, además de controlar, supervisar, coordinar, vigilar y acompañar las rutas fijadas y seguidas por el actor.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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 13, numeral 1º. de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, no se recibió -vía electrónica- ninguna intervención, según constancia secretarial de 7 de octubre de 2022.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión desatar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se acreditan en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo, los elementos estructurantes reseñados en el artículo 22 y 23 del C.S.T.? En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones anheladas por el actor y enlistadas en el libelo genitor?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a dirimir la presente causa, advierte la Sala, primigeniamente, que en virtud del art. 167 del C.G.P. aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., es deber de la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y de la parte convocada,

aquellos en los cuales estructuran su defensa. En este orden, le corresponde al accionante demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que prestó personalmente el servicio a favor de quien convocó a la presente causa litigiosa como empleadores, que el mismo tenía el carácter de subordinado y que percibía a cambio una remuneración, como lo exigen los artículos 22 y 23 del C.S.T., aun cuando conforme al art. 24 del mismo compendio sustantivo, bastará probar el primer elemento, la prestación personal del servicio, para que por ley se presuma su existencia; pero además, su vigencia en el tiempo, ya que a partir de ahí se imponen las respectivas condenas. A su turno, la convocada a juicio tiene la carga de desvirtuar esta presunción legal, acreditando que el vínculo se desarrolló por fuera de los lineamientos laborales y en todo caso, desprovisto de cualquier rasgo de subordinación o dependencia.

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

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

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

De esa manera, esta Corporación enfocará su estudio en esclarecer si la relación vigente entre las partes en contienda se rigió por un contrato de trabajo, o si, por el contrario, como lo arguye la parte demandada, existió un contrato de distribución, de naturaleza comercial.

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

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

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

a) Prestación personal del servicio

En cuanto a este primer elemento, si bien fue negada por la parte demandada quienes arguyen que la relación se desarrolló bajo un contrato de distribución, lo cierto es que tanto con la prueba documental como testimonial se puede constatar que el Sr. JOSÉ RAMIRO SUAREZ se desempeñó como vendedor y distribuidor de los productos de la marca de la persona jurídica PRODUCTOS YUPI S.A.S., los cuales eran distribuidos por las personas naturales demandadas.

En este orden, lo que primigeniamente concita la atención de este Cuerpo Colegiado es verificar si dentro del plenario se encuentra fehacientemente acreditado que tales funciones desplegadas por el convocante a juicio, como vendedor y distribuidor de los productos de PRODUCTOS YUPI S.A.S., efectivamente beneficiaron a los demandados.

Puestos en esa tarea, se tiene inicialmente el testimonio JHONNY FERNEY BOLAÑOS quien fue enfático en afirmar que la relación laboral en contienda se desarrolló de manera subordinada, por cuanto debía cumplir un horario el cual se llevaba a cabo de lunes a sábado de 6:30 a.m. a 5:00 p.m., se le fijaron metas de ventas, entrega de dotación y asignación de rutas; no obstante, al preguntarle sobre el salario devengado, expuso que el pago era quincenal mediante un porcentaje que se

acumulaba, indicando, entre otras cosas, que en caso de ausencia del demandante el Sr. LAUREANO TOMAS ERAZO enviaba a otro vendedor a realizar su ruta.

Asimismo, se recibió la declaración del Sr. JUAN PABLO ORTEGA, quien expuso haber comprado productos de la marca YUPI al demandante para dos tiendas de su propiedad; sin embargo, se evidencia que el testigo desconoce de los hechos que rodearon la vinculación que se discute, así como lo forma en que el actor desarrollaba sus actividades, pues muchos de los aspectos no los conocía directamente, sino que eran comentarios que el mismo demandante realizaba, lo cual resta credibilidad.

Por su parte, la testigo traída por la parte demandada ANABEL MERA BASANTE, señaló haber trabajado con los demandados realizando funciones de facturación, documentos de caja, recibos, egresos y control de inventarios. Aseguró que con el demandante se pactó un contrato de distribución que permitía la compra de mercancía con un descuento que se reflejaba al pie de cada factura, que oscilaba entre el 8% y 9%, también se manejaba facturas a crédito, las cuales se podían pagar en el transcurso del día de la compra o al día siguiente. Finalmente, indica que al Sr. JOSÉ RAMIRO SUAREZ no se le asignó una ruta de venta, por el contrario, él manejaba su propia lista de clientes.

En igual sentido, el testigo ARMANDO BOLAÑOS, quien se dedica a la venta y distribución de los productos, aseguró que el trabajo se realizaba de forma independiente y que la labor consistía en comprar la mercancía y distribuirla a los tenderos y por esas ventas obtenían un descuento en la compra de los productos, el cual se evidenciaba al pie de cada factura, asegurando que la misma actividad la ejercía el actor. Agregó que la entrega de camisetas y gorras se hacía como regalos de las marcas, los cuales podían distribuir a sus clientes.

Igualmente, el testigo EDGAR CAMILO RODRÍGUEZ manifestó que el vínculo con los demandados personas naturales, fue por medio de un contrato de distribución, en el que se otorgaba un descuento para obtener la ganancia. En lo que respecta a la dotación y capacitaciones sostiene que éstas nunca tuvieron lugar.

En cuanto a las pruebas documentales, se advierte que la sociedad demandada aportó contratos de distribución suscritos con los demandados personas naturales (Fls. 442 a 492 del Exp. Digital), en los que se evidencia que los últimos se comprometen a

revender los productos por su propia cuenta y nombre, constituyendo de esta manera una empresa independiente, con plena autonomía técnica, administrativa y directiva. A su vez, el demandado LAUREANO TOMÁS ERAZO BASTIDAS aportó el contrato de distribución suscrito con el demandante (Fls. 279 a 281), así como facturas de venta (Fls. 296 a 349).

Ahora bien, del análisis en conjunto de las pruebas, este Cuerpo Colegiado encuentra que los demandados no eran beneficiarios en forma exclusiva de los servicios prestados por el actor, sino que el demandante se lucraba de su propio trabajo, labrándose su ingreso al obtener una ganancia del 9% sobre las reventas, lo que dependía directamente del tiempo que el actor utilizaba para realizar tal actividad. Se evidencia, además, que los demandados podían disponer de terceras personas para realizar la ruta asignada, de ahí que no se trataba de una prestación personal para el desarrollo de la actividad de venta y distribución, rompiendo con ello, el primer elemento de un contrato de índole laboral.

No obstante, a fin de atender uno de los diversos puntos de inconformidad de quien representa los intereses del demandante, es de anotar que si bien se pactó el cumplimiento de un determinado horario para la entrega de los productos, se hizo entrega de prendas para publicidad, se facilitó un vehículo automotor, se pactaron cláusulas de exclusiva comercialización de los productos distribuidos por los demandados, hubo asignación de zonas, entre otros elementos que eventualmente dieron el aspecto de una relación laboral, ninguno implica que el actor hubiere desarrollado su actividad bajo subordinación, argumento que se afianza con lo dicho de antaño por Nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisprudencial, en sentencia SL-17636 de mayo de 2002, reiterada en la sentencia SL-190 de 30 de enero de 2019, así:

“En síntesis de las cláusulas del convenio referido se desprende que la voluntad de las partes fue la de ajustarse a un tipo de contratación mercantil, que se asimila al contrato de agencia comercial regulado en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, en los que se prevé que uno de los objetos del mismo es la distribución de uno o varios productos del empresario, quien no podrá servirse de varios agentes en la misma zona, que puede pactarse la prohibición para que el agente promueva en el territorio que se le demarque un producto de competidores del empresario, que el agente tiene derecho a una remuneración y la obligación de cumplir el encargo que le ha sido confiado conforme a las instrucciones recibidas, así como el deber de ofrecer al

empresario las informaciones necesarias respecto de las condiciones de mercado en la zona asignada, y toda otra que sea útil para los fines propios de la actividad comercial”.

Con base en lo reseñado, por parte de esta Sala de Decisión se avalará la decisión absolutoria dictada por el fallador de primera instancia, pero en razón a que el demandante no cumplió con su deber demostrativo frente al primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio a favor de los convocados a juicio, pues como se observa de las manifestaciones de los testigos y la prueba documental, las condiciones en que se desarrollaba la actividad de venta y distribución de los productos de la marca YUPI, consistía en que el demandante adquiriera los productos con los convocados -personas naturales- con un descuento del 9%, para posteriormente distribuirlos en la ruta designada y venderlos en los precios fijados por PRODUCTOS YUPI S.A.S., de ahí que las ganancias del actor dependían de su propio esfuerzo, sin ningún tipo de supervisión, siendo el único requerimiento pagar los productos comprados, sin importar que efectivamente los distribuyera a terceros.

Por consiguiente, al no cumplir con rigor la carga demostrativa que le correspondía al convocante a juicio, en la forma antes explicada, no es posible aplicar la presunción del elemento subordinación que trae el artículo 24 del C.S.T. ni analizar si éste fue desvirtuado. En suma, no es posible declarar la existencia del contrato de trabajo pretendido por el demandante y, por lo tanto, a esta Corporación no le queda sino confirmar la decisión de primera instancia, con la consecuente absolución de las pretensiones incoadas en su contra, lo que releva a la Sala de analizar el restante problema jurídico.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la condena en costas en esta instancia estará a su exclusivo cargo, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que serán distribuidos en partes iguales a favor de los demandados BILLY JONATHAN ERAZO MUÑOZ, LAUREANO TOMAS ERAZO BASTIDAS, ROSA NUBIA MUÑOZ CABRERA y PRODUCTOS YUPI S.A.S. y liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 9 de diciembre de 2021, objeto de apelación por activa, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que serán distribuidos en partes iguales a favor de los demandados BILLY JONATHAN ERAZO MUÑOZ, LAUREANO TOMAS ERAZO BASTIDAS, ROSA NUBIA MUÑOZ CABRERA y PRODUCTOS YUPI S.A.S. y liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente se notificará por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación a lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)



JUAN CARLOS MUÑOZ

(Con permiso)

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2018-00491-01 (085)

ACTA No. 596

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 **RAFAEL TOMÁS ARMERO** en contra del **MUNICIPIO DE EL TAMBO**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, de manera principal, que el ente territorial demandada reconozca y pague la pensión de vejez a que tiene derecho como beneficiario del régimen de transición, los derechos que se deriven de las facultades ultra y extra petita y las costas procesales. Subsidiariamente, solicita se reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta la totalidad de los tiempos laborados al servicio del Municipio del Tambo (N).

Como fundamento de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite que, nació el 7 de marzo de 1944 y a la presentación de la demanda contaba con 74 años; que laboró al servicio del Tambo (N) de manera interrumpida entre el 15 de enero de 1983 al 30 de agosto de 1999 como comisario de la vereda Chuza y como obrero, para el manejo y mantenimiento de residuos sólidos, desde el 8 de enero de 2004 al 30 de noviembre de 2005 y del 8 de enero de 2008 al 1º de noviembre de 2011, para un total de tiempos acumulados de 17 años, 4 meses y 7 días.

Agrega que, en audiencia de trámite y juzgamiento dentro del proceso ordinario laboral No. 2014-00082 llevada a cabo por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de

Pasto, se conciliados los derechos laborales de los periodos 8 de enero de 2004 al 30 de septiembre de 2005 y del 8 de enero de 2008 al 1º de noviembre de 2011; que no puede seguir efectuando cotizaciones, debido a su edad, estado de salud y posición económica precaria, por lo que es procedente la pensión de vejez deprecada bajo el régimen de transición del que resulta beneficiario o en caso contrario, se reconozca la indemnización sustitutiva a que hubiere lugar.

Finalmente expone que agotó la reclamación administrativa a fin de que le sea reconocida la pensión de vejez a que tiene derecho, o en su defecto la indemnización sustitutiva, pretensiones atendidas negativamente.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma al MUNICIPIO DE EL TAMBO, siendo contestada en forma oportuna, a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, toda vez que si bien el actor es beneficiario del régimen de transición, no cumple con el requisito de semanas de cotización o tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez bajo ninguna normativa, pues únicamente reúne una totalidad de 17 años, 4 meses y 3 días laborados; agrega que dentro del proceso 2014-00082 adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto se concilió con el demandante la totalidad de las prestaciones sociales, configurando con ello la “cosa juzgada” que se propuso como único medio exceptivo.

Luego de saneado el proceso por falta de notificación del Ministerio Público, el representante legal de esta entidad intervino mediante un concepto preliminar, aduciendo que para el caso en concreto, el actor es beneficiario del régimen de transición, cumpliendo el requisito de la edad, pero no puede reconocerse la pensión de vejez impetrada puesto que cumplió tan solo con 17 años de servicio, que son insuficientes para causar el derecho. Por último, expresa que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, encaja en la situación actual del actor, por lo tanto, es beneficiario de la indemnización sustitutiva. En virtud de lo anterior, propuso como excepciones de mérito las denominadas “compensación o pago” y “prescripción”.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de

Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 14 de febrero de 2022, declaró el derecho que ostenta el demandante a percibir del ente territorial demandado, la indemnización sustitutiva de vejez por los periodos laborados entre el año 2005 y 2011. Condenó, en consecuencia, a pagar la prestación junto con las costas procesales y absolvió de las restantes pretensiones.

Para asumir tal determinación, el juez cognoscente concluyó que si bien el accionante era beneficiario del régimen de transición por edad, no reúne el requisito de semanas o tiempo de servicios a la luz de la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993, toda vez que únicamente se acredita un total de 17 años, 4 meses y 7 días de servicios, correspondientes a 907 semanas. Por esta razón, encontró procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a cargo del Municipio de El Tambo, ante la omisión de afiliación al Sistema de Seguridad Social, prestación para la que se encuentran reunidos los requisitos de edad e imposibilidad de continuar efectuando cotizaciones.

1.3. APELACIÓN DEMANDADA MUNICIPIO DE EL TAMBO

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses judiciales de la convocada interpuso oportunamente recurso de apelación, enfatizando su descontento en la no declaratoria del fenómeno extintivo de la prescripción, pues de conformidad con la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia No. 62366 del 17 de octubre de 2018, la indemnización sustitutiva prescribe en el término trienal a partir de su exigibilidad, esto es, desde que se informa la imposibilidad de seguir cotizando al sistema, que en el particular se dio reiteradamente en los años 2015, 2016 y 2018, aclarando que de conformidad con lo dicho en el escrito inicial, esta imposibilidad se dio desde la misma terminación del vínculo contractual.

Finalmente, indica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta circunscrito a las pensiones de vejez, por lo tanto, no puede ser extendido inadecuadamente a la indemnización sustitutiva.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la entidad demandada, Municipio de El Tambo, 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 en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad territorial, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibieron vía electrónica la intervención de la parte demandante y del Ministerio Público, según constancia secretarial de 30 de junio de 2022.

La parte demandante, solicita confirmar la decisión de primer orden, indicando para ello que en temas de seguridad social debe aplicarse la imprescriptibilidad no solo frente al reconocimiento de la pensión, sino de todo aquello que se relacione directa o indirectamente con el derecho pensional, como en el presente caso, la indemnización sustitutiva.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, solicita se confirme la decisión de primera instancia por encontrarla ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo anterior, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien declaró procedente la indemnización sustitutiva a favor del demandante, luego de evidenciar el cumplimiento de los requerimientos estipulados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993? En caso afirmativo, ii) ¿Le asiste razón al apelante único y benefactor del grado jurisdiccional de consulta, al indicar que en el presente proceso operó el fenómeno prescriptivo de la referida indemnización, excepción propuesta oportunamente por el Ministerio Público?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Antes de desarrollar los anteriores planteamientos, la Sala aclara que no es materia de debate, por así reconocerlo expresamente la entidad demandada al momento

de contestar el escrito introductor y verificable con la prueba documental arrimada al plenario, la edad del convocante a juicio acreditada con la fotocopia simple de la cédula de ciudadanía visible a folio 24; el periodo laborado visible a folios 13 a 14; que no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez deprecada como pretensión principal, ni conserva los beneficios del régimen de transición más allá del 30 de junio de 2010; y que la reclamación administrativa se resolvió por la autoridad municipal el 8 de septiembre de 2018 (ED, fls.21 a 23).

En consecuencia, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

2.2.1. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

La indemnización sustitutiva, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, prevé que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Al resultado así obtenido, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

En ese orden de ideas, la indemnización sustitutiva se reconocerá cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos: **i)** que el afiliado haya cumplido con el requisito de edad legal propuesto para alcanzar una pensión, siendo 57 años para mujeres y 62 años para hombres, **ii)** que durante su vida laboral no haya cotizado el número de semanas exigidas para pensionarse, es decir 1.300 semanas y **iii)** que se encuentra imposibilitado para seguir cotizando al sistema.

Advertido lo anterior y previo al análisis particular del cumplimiento de los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva reconocida en primer grado, es deber de este Cuerpo Colegiado, al abordar el análisis en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad territorial traída a juicio, verificar si tal derecho es procedente imponerlo a una autoridad pública que omitió afiliar a su trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Para ello, la Sala acude a lo dispuesto por Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, en sentencia SL3694-2021, MP. Dr. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, que al respecto enseña:

“(…) Y téngase presente, además, que al igual que en los eventos de omisión en la afiliación o falta de cobertura del ISS a efectos de disponer el cálculo actuarial (CSJ SL16715-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL2412-2016 y CSJ SL14215-2017), en el caso de la indemnización sustitutiva «(…) es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia» (CSJ SL1419-2018), debido al carácter retrospectivo que tienen las disposiciones de la seguridad social.

Por otra parte, el artículo 2.º del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó tal disposición normativa, consagró que la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a «cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador».

En el anterior contexto, es claro que en vigencia de la Ley 100 de 1993 los tiempos de servicios que las personas trabajaron con anterioridad a su vigencia sin cotización al ISS, independientemente de su causa -omisión del empleador o falta de cobertura- deben ser respaldados por el cálculo actuarial a cargo del empleador y a satisfacción del respectivo ente de seguridad social para financiar las eventuales prestaciones pensionales, entre ellas, la indemnización sustitutiva en el caso del régimen de prima media con prestación definida cuando existe la afiliación respectiva, prestación que, desde luego, deberá incluir en su totalidad el tiempo servido por la persona, en los términos expuestos.

Por ello, precisamente es improcedente el pago directo a los trabajadores de los periodos sin cotización, pues el mismo debe trasladarse, cuando ello es procedente, a la administradora de pensiones a efectos de integrar el capital requerido para el reconocimiento de las prestaciones que otorga el subsistema de seguridad social en pensiones, entre ellas, se reitera, la referida indemnización (negritas fuera de texto).

En conclusión:

- (i) Si un trabajador del sector privado laboró para su empleador por menos de 20 años, pero está afiliado al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, por regla general y salvo que se considere otro supuesto para el reconocimiento de la prestación a cargo del empleador, tiene derecho a que este pague el cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado, con destino a la entidad de seguridad social a la que esté afiliado el trabajador y a satisfacción del ente pensional, a fin de financiar las prestaciones pensionales que correspondan.
- (ii) Si el trabajador prestó sus servicios a un empleador por menos de 20 años, y no está afiliado al sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, por regla general y salvo que se considere otro supuesto para el reconocimiento de la prestación a cargo del empleador, tiene derecho a que este pague el cálculo actuarial a satisfacción del fondo de pensiones que elija el trabajador, a fin de financiar las prestaciones pensionales que correspondan.

En el anterior contexto, el Tribunal no incurrió en la transgresión jurídica que se le endilga al considerar que lo que procedía en este asunto era el cálculo actuarial y no la indemnización sustitutiva a cargo de los empleadores del accionante.

Y si bien el Tribunal no mencionó expresamente el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, ello no significa que lo haya transgredido, pues es evidente que acudió a la norma que lo reglamentó -artículo 2.º del Decreto 1730 de 2001- a fin de determinar que la prestación económica subsidiaria regulada en tal precepto legal y aquí pretendida -la indemnización sustitutiva- corresponde reconocerla a la administradora del sistema general de pensiones a la que haya cotizado el trabajador y no en estricto sentido al empleador o empleadores ante quienes aquel prestó sus servicios.

Tal interpretación no se aleja de la correcta hermenéutica del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pues ciertamente son las administradoras del régimen de prima media las que, en principio, deben reconocer la indemnización sustitutiva cuando el afiliado no alcanza a cumplir los requisitos mínimos para acceder a una pensión”.

Lo anterior, resulta suficiente para derruir la conclusión a la que se arribó en primer grado, toda vez que en el caso de marras, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no puede imponerse a cargo del municipio demandando por su omisión en la afiliación, en tanto, a la luz de la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, lo procedente es el pago de un cálculo actuarial a favor del fondo de pensiones que escoja el convocante; empero, en el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala no se acreditó la vinculación a ningún régimen pensional ni tampoco se planteó, dentro del debate procesal que inicia con la formulación de la demanda, este puntual aspecto y, por ello, la parte traída a juicio no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Así las cosas, en el marco del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, las únicas obligadas al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva son las administradoras pensionales a cargo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más no el empleador, a quien, como antes se indicó, ante la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, siguiendo las preceptivas del Decreto 1642 de 1995, artículo 8º¹, le corresponde asumir directamente las pensionales derivadas de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, dejando de lado las restantes, entre las que se incluye la el cálculo actuarial, anteriormente referido.

Por lo brevemente expuesto, esta Sala de Decisión revocará la decisión objeto del recurso de alzada y revisión en el grado jurisdiccional de consulta, por no encontrarla ajustada a derecho, lo que la releva del estudio de los restantes problemas jurídicos planteados.

¹ “En todos los casos, respecto de aquellos trabajadores que hubiesen sido afiliados por fuera del término a cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel nacional o territorial, o del sector privado, las prestaciones que llegaren a causarse durante tal periodo por razón de invalidez o de muerte por riesgo común, serán reconocidas y pagadas por la caja, fondo o entidad que lo afilió por fuera de término. (...) Para los empleadores del sector público del nivel territorial, el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes por riesgo común, que se hubiesen causado durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones, se efectuará por parte del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Territorial correspondiente, con cargo a los recursos que le deben destinar las entidades territoriales para tal fin.

2.2.2. COSTAS DE PRIMERA INSTANCIAS

Bajo tales conclusiones, las costas procesales de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a $\frac{1}{4}$ de smlmv; esto es, \$ 250.000, que serán liquidados en forma concentrada por el juzgado cognoscente, en la forma indicada en el artículo 366 del C.G.P.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia, dadas las resulta del recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta, no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ABSOLVER** al demandado MUNICIPIO DE EL TAMBO, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de primera instancia a la parte demandante y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a $\frac{1}{4}$ de smlmv; esto es, \$ 250.000, que serán liquidados en forma concentrada por el juzgado cognoscente, en la forma indicada en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. ABSTENERSE DE IMPONER CONDENA EN COSTAS de segunda instancia por no haberse causado.

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

en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

(con permiso)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019- 00154-02 (473)

En San Juan de Pasto, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **JOSE ABDÓN BOTINA INSUASTY** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Magistrado Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, a la fecha se encuentra en permiso.

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 de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

JOSE ABDÓN BOTINA INSUASTY, 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 nulidad y/o ineficacia de los actos de traslado a COLMENA, ING y POVERNIR S.A. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. la totalidad de lo ahorrado por el demandante, bono pensional junto con sus rendimientos financieros, indexación e interese de mora pertinente. Así mismo, solicitó que en caso de que sea inferior la suma que traslade PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, esta última entidad liquide el monto total de los portes que el demandante debe cubrir.

Fundamentó sus pretensiones en que cuenta con 58 años de edad. Que prestó sus servicios a las entidades referidas en el hecho 2º de la demanda. Que COLMENA S.A. sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de diciembre de 1999 y posteriormente de igual manera se trasladó a ING desde el 1º de mayo de 2000 y posteriormente a PORVENIR S.A. desde el 1º de marzo de 2003. Que presentó ante PORVENIR S.A., solicitud de traslado la que fue resuelta de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del 11 de junio de 2019 (fl.100), en el que se ordenó la notificación de la parte demandada, 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 del actor, provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fis. 126-133).

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 OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACION CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA o GENERICA”(Fis. 180-225).

Por su parte el Procurado 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, intervino en el sentido de manifestar que la Corte Suprema de Justicia ha venido desarrollando una línea jurisprudencial en torno a la ineficacia el traslado a través de varias sentencias, en donde se traslada la carga de la prueba a la A.F.P. quienes deben demostrar la asesoría brindada a la demandante (Fis. 246-250).

Llevada a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., el 17 de septiembre de 2020, el Juez A Quo declaró fracasada la conciliación ante la inasistencia de la parte demandante y de Colpensiones, 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. 254-255).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 5 de febrero de 2021, llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, profirió sentencia (fls. 256 y ss); no obstante, esta Corporación mediante auto calendarado 3 de junio de 2021, declaró la nulidad de lo actuado a partir del 30 de enero de 2020, al omitir el Juez A Quo en convocar como Litisconsorte Necesario por Pasiva a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 289-294).

En cumplimiento de lo anterior la primera instancia, mediante providencia calendarada 26 de agosto de 2021, vinculó a PROTECCIÓN S.A., y ordenó su notificación (fls. 295-296).

Mediante auto calendarado 17 de febrero de 2022, el juzgado de conocimiento dispuso tener por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. por las razones allí expuestas (fl. 301), y mediante providencia del 31 de mayo del mismo año, ante el fallecimiento del demandante JOSÉ BOTINA INSUASTY, tener como sucesor procesal a la cónyuge supérstite la Sra. GLADIS ESPERANZA MARTÍNES NAVIA (fl. 304).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 30 de junio de 2022, se constituyó en audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., etapa en la que el Juez A Quo declaró fracasada la conciliación, 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. 306-309).

El juzgado de conocimiento el 14 de septiembre de 2022, adelantó la audiencia antes referida, y declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a PROTECCIÓN S.A., y luego PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver a la cuenta individual del actor, a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado del demandante desde el RAIS, administrado por PORVENIR S.A. Declaró demostrada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, y no demostradas las demás excepciones alegadas

por COLPENSIONES. Declaró no demostradas las excepciones alegadas por PORVENIR S.A. Absolvió de las restantes pretensiones esbozadas por activa a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Absolvió de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda a COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a pagar las costas de este proceso en favor del demandante (Fls. 310-314).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil o comercial. Manifestó que el Juez A Quo, tuvo en cuenta como prueba la manifestación general del demandante referente a que no se dio la información y valoró los testimonios que de testigos que no fueron presenciales. Así mismo, aseguró que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, y los destinados a la garantía de pensión lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, pues además advirtió que no resulta procedente cobrar los recursos provenientes del cobro de la póliza de invalidez o vejez, toda vez que atenta contra la naturaleza del contrato de seguros. Advirtió que la carga de la prueba en este tipo de asuntos se realiza de manera subjetiva y no puede aplicarse a todos los casos por igual. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas. Así mismo, en lo que tiene que ver con PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación en lo referente a las costas, por cuanto considera que las mismas resultan incongruentes con el fallo, en tanto esa entidad fue absuelta.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con miras a que se revoque la decisión de la primera instancia, al considerar que el demandante no se trasladó al régimen de prima media en los términos previstos en la Ley. Además, resaltó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2810 de 2019, estableció que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones por tratarse de un contrato bilateral deriva la existencia de obligaciones recíprocas entre las administradoras de los fondos de pensiones y los consumidores financieros, de tal forma que el comportamiento del ciudadano denota el compromiso de éste de pertenecer al mismo, Advirtió que autorizar el traslado de la demandante al R.P.M.D, implica prohijar la descapitalización

del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente, mencionó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que si bien en el caso existió una sucesión procesal no se encuentra acreditado que con el traslado de régimen se hubiera causado un perjuicio en favor de sus beneficiarios.

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.

Cabe advertir que, si bien el apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en representación de PROTECCIÓN S.A., también lo es que, el Juez A Quo, solo concedió el recurso que interpuso en nombre de la primera entidad referida, esto es a favor de PORVENIR S.A., decisión que adquirió firmeza por no haber sido objeto de controversia por la parte afectada.

Por ello, esta Corporación únicamente admitió el recurso formulado por PORVENIR S.A., mediante providencia calendada 24 de octubre de 2022, junto con el de COLPENSIONES, y en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La demandada COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que le atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por él realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando el actor no presentó solicitud alguna de retracto o retorno al R.P.M.P.D., dentro de los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por ende, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

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.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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

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.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que COLMENA hoy PROTECCIÓN. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante inicialmente se trasladó en el año 1999, ni ING, y tampoco PORVENIR S.A. a la que fue trasladado en el año 2002, no cumplieron con el deber de información que les correspondía, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por la extinta CAJANAL (fl.60). En consecuencia, contrario a lo que afirma el apoderado de dichos fondos, les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efectos de los traslados el actor recibió por parte de las demandadas independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por los testigos Libardo Obando Insuasty y Jairo Bastidas Ponce, compañeros de trabajo del demandante en la Fiscalía General de la Nación, quienes manifestaron que los fondos acudieron a promocionar el traslado de régimen, pues el segundo de los testigos referidos, agregó que se llevaron a cabo reuniones grupales e individuales con las que únicamente buscaba captar clientes sin brindarle una información clara ni precisa acerca de los alcances del traslado, tampoco se les explicó las incidencias del cambio de régimen pensional, ni se realizó una proyección del derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que, solo se les hablo de la posibilidad de pensionarse a cualquier edad.

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

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

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

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio comprende

fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y 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 el actor cotizó a CAJANAL, 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 el demandante ante CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA, según el documento del folio 227, el 25 de noviembre de 1999 con efectividad a partir del 1º de enero del 2000, así como el realizado a ING el 1º de abril de 2000 y el efectuado a PORVENIR S.A. el 29 de noviembre de 2002, con efectividad a partir del 1 de enero de 2003.

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

De igual forma, también se le ordenará devolver a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. ante COLPENSIONES, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo

20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dichos fondos, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. Considera la Sala que la devolución de los conceptos mencionados debe imponerse adicionalmente a favor de PROTECCIÓN S.A., a pesar de la omisión en que incurrió la primera instancia, por cuanto está demostrado en el expediente que inicialmente el actor se trasladó del RPM a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., lo anterior para garantizar la devolución de todos los conceptos con destino a COLPENSIONES, entidad en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

EXCEPCIONES.

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

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

Con relación a las excepciones formuladas por PROTECCIÓN S.A. se declararán no probadas teniendo en cuenta que también se impuso condena en su contra, por ello, se modificará el numeral 5° de la sentencia.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia conforme se advirtió. Se modificará el numeral 5° de la sentencia. Por otro lado, se revocarán los numerales 6° y 7° de la sentencia objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por cuanto mediante esos numerales el Juez absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda, lo cual no se resulta acertado, debido a que en la primera instancia se impartieron condenas en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en esta instancia también se profieren órdenes en contra de PROTECCIÓN S.A. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra

de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente para cada una, esto es, la suma de \$2.000.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 14 de septiembre 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 el demandante **JOSE ABDÓN BOTINA INSUASTY**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA** hoy **PROTECCIÓN**, el 25 de noviembre de 1999 con efectividad a partir del 1 de enero del 2000, así como el realizado a **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1 de abril de 2000 con efectividad a partir de esa misma fecha y el efectuado a **PORVENIR S.A.** el 29 de noviembre de 2002 con efectividad a partir del 1 de enero de 2003.*

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

*“**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** todos los valores existentes en la cuenta de*

ahorro individual del 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 el actor 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 afiliado el demandante”.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 14 de septiembre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

“OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, conforme a las consideraciones antes expuestas”.

TERCERO: REVOCAR LOS NUMERALES SEXTO y SEPTIMO y CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 14 de septiembre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

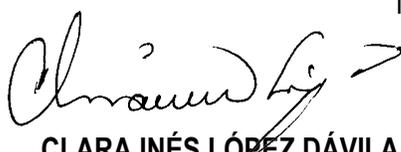
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 603. 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

en permiso
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00239-02 (004)

En San Juan de Pasto, a los dieciséis (16) días del mes diciembre de dos mil veintidós (2022) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE** contra **PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Magistrado Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, a la fecha se encuentra en permiso.

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 de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE, a través de apoderado judicial, instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - PORVENIR S.A.** para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de septiembre de 2005, con ocasión del fallecimiento de su padre **ALEXIS GREGORIO QUIÑONES CAICEDO**. Consecuencialmente solicitó se condene a **PORVENIR S.A.** a cancelar el retroactivo pensional debidamente indexado, los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que su padre el Sr. Alexis Quiñones Caicedo, se afilió a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., donde cotizó desde septiembre de 2002 hasta el día de su fallecimiento 18 de septiembre de 2005. Que la Sra. Emma Floria Caicedo de Quiñones, mediante proceso adelantado en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Tumaco, fue designada como su Curadora Adjunta mientras fue menor de edad. Que la curadora el 2 de septiembre de octubre de 2006, solicitó la pensión de sobrevivientes a la

demandada, petición fue negada mediante oficio del 28 de noviembre del mismo año, y en su lugar le reconoció la devolución de los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual del causante. Que el demandante cumplió la mayoría de edad el 2 de mayo de 2019, y se encuentra estudiante en la Academia Militar General José Antonio Anzoaregui.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral de Tumaco (N), Despacho que con auto calendado 24 de febrero de 2021, admitió la demanda y ordenó la notificación a la demandada, actuación que se llevó en debida forma.

Trabada la litis, la demandada **PORVENIR S.A.** contestó la demanda y se opuso a prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que rechazó la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta lo establecido en la jurisprudencia y normas legales que para ese entonces regulaba la materia, razón por la cual procedió a informar a la Curadora, acerca de la posibilidad de devolver los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del fallecido. En su defensa propuso las excepciones que denominó “BUENA FÉ DEL DEMANDADO”, “IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE”, “LA SITUACIÓN PENSIONAL YA SE ENCUENTRA DEFINIDA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION” “PRESCRIPCIÓN”, entre otras.

Así mismo, llamó en garantía a **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** (fls 127-144 y 227-230), mismo que fue aceptado por el juzgado de conocimiento mediante auto calendado 30 de abril de 2021 (fls. 326-327), y fue contestado en la forma como se lee a folios 330-369.

El Juzgado de Primer Grado el **16 de julio 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 adelantar la audiencia de trámite y juzgamiento.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tumaco, el **30 de noviembre de 2021**, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que se recibieron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, condenó a PORVENIR S.A., a reconocer a favor de ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE, la pensión de sobrevivientes, causada por su progenitor ALEXIS GREGORIO QUIÑONES CAICEDO, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 18 de septiembre de 2005 y hasta el 1 de marzo de 2019, fecha en la que cumplió la mayoría de edad, sin perjuicio a que el beneficio pensional se siga causando hasta los 25 años, siempre y cuando, se acredite la condición de estudiante. Consecuencialmente, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$110.463.589,00, por concepto de mesadas pensionales retroactivas, causadas desde el

18 de septiembre de 2005 al 29 de mayo de 2019, fecha de la última certificación de estudios, en razón de 14 mesadas al año. Precisó que dicho retroactivo deberá ser indexado por el fondo pensional al momento de su pago efectivo, que a la fecha asciende a \$152.969.218.00, quedando habilitado para realizar los descuentos que por concepto de salud haya lugar, así como también de los dineros que hayan sido efectivamente pagados por concepto de devolución de saldos, también indexados al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Condenó a la aseguradora, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., a pagar la suma adicional necesaria para financiar la pensión de sobrevivientes del actor. Condenó en costas a PORVENIR S.A. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. Declaró probada la excepción de IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERES MORATORIOS, propuesta por la demandada y por la llamada en garantía, así como la improcedencia de condena en costas propuesta por esta última, y no probadas las demás excepciones de fondo propuestas por la demandada y la llamada en garantía (426-428).

El Juez A Quo, consideró que el fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes en favor de su hijo, pues acreditó 50 semanas antes de su fallecimiento, advirtiendo que si bien la demandada en su momento negó el derecho reclamado debido al incumplimiento en la fidelidad al sistema, este requisito fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Así las cosas, otorgó el derecho a partir de la fecha del fallecimiento del causante hasta el momento en que el demandante acreditó culminó el bachillerato. Sostuvo que no operó la prescripción mientras el actor fue menor de edad. No condenó en intereses moratorios como quiera que la decisión de negar la pensión de sobrevivientes por parte de PORVENIR S.A., estuvo respaldada en un fundamento legal.

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte actora, solicitó se modifique la decisión de la primera instancia, en el sentido de ordenar el pago del retroactivo de pensión de sobrevivientes hasta “la fecha”, pues argumentó que el actor acreditó que no ha dejado de estudiar, como quiera que en el año 2020, ingresó a la Universidad en el Huila, advirtiendo que no pudo obtener una certificación, dada la pandemia, lo que le impidió ingresar a esas dependencias; sin embargo, mencionó que en la actualidad está demostrado que el actor se encuentra estudiando como lo mencionó en diligencia de interrogatorio de parte. Adicionalmente, solicitó el pago de intereses moratorios fundamentado que actualmente todas las pensiones causan intereses moratorios citando soportes jurisprudenciales.

PORVENIR S.A

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.**, insistió en que la situación pensional se consolidó con la devolución de saldos. Además, advirtió que el fallecido no dejó causado el derecho de

conformidad con las normas que para época se encontraban vigentes. Expuso, que contrario a lo que aduce el Juez A Quo, la prescripción no se suspendió porque el demandante era menor de edad cuando su padre falleció, pues sostiene que este tenía representación en cabeza de su abuela quien era su curadora y además no se probó que este se encontrara en situación de indefensión. Finalmente, indicó que si aún el derecho se hubiera causado el actor no acreditó la condición de estudiante, como quiera que los certificados aportados no reúnen los requisitos para que sean valorados.

LLAMADA EN GARANTÍA BBVA SEGUROS DE VIDA

Por su parte, la llamada en garantía, sostuvo que el demandante no dejó causada la pensión de sobrevivientes, pues si bien la norma referente a la fidelidad del sistema, fue declarada inexecutable, la sentencia que así lo dispuso no lo hizo de manera retroactiva, destacando que el Juez A Quo, desconoció la seguridad jurídica, y el derecho a la igualdad respecto de las personas a las que le fue negado el derecho. Expuso, además que el demandante no acreditó ostentar la condición de beneficiario, ya que las pruebas allegadas no reúnen los requisitos de la Ley 1574 de 2012. Finalmente, se mostró inconforme frente a la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción, al sostener que el demandante pudo actuar a través de su abuela, quien inclusive reclamó la pensión de sobrevivientes, por todas las razones expuestas, aseguró que no podía ser condenada, ya que la póliza solo otorgaba cobertura siempre y cuando se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes conforme a la ley vigente para el momento del deceso del causante.

II TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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:

El apoderado de PORVENIR S.A., insistió en que el demandante no acreditó la condición de estudiante de conformidad con la Ley 1574 de 2012 y que la situación del reclamante se definió con la devolución de saldos en los términos de la Ley 100 de 1993, por lo cual, no es posible acceder al reconocimiento de pensión alguna.

Por su parte BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., de igual manera reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación referentes a que el causante no cumplió los requisitos legales establecidos en la Ley 797 de 2003 artículo 12, para dejar causada la pensión de sobrevivientes, pues no cumplió con el requisitos de fidelidad vigente para la fecha de su fallecimiento, por lo que aduce la demandada PORVENIR S.A.S y su representada deben ser absueltas, pues resaltó que el actor tampoco acreditó los requisitos para ser beneficiario de la prestación que reclama. Expuso, que en el caso debió declararse probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales.

Finalmente, indicó que la en el remoto evento en que se confirme la decisión la responsabilidad de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., está limitada por el valor de la suma asegurada.

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

CONSIDERACIONES.

PROBLEMA JURÍDICO.

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por los apelantes al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le corresponde a esta Sala de Decisión definir si i) el fallecido Alexis Quiñones Caicedo, dejó causada una pensión de sobrevivientes en favor del demandante; ii) en caso afirmativo determinar si el actor acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iii) definir si operó la prescripción de la mesadas pensionales y si el reconocimiento del retroactivo pensional debe hacerse hasta “la fecha” y v) determinar la procedencia de los intereses moratorios

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

DE LA CAUSACIÓN EN DERECHO DEL CAUSANTE EN FAVOR SUS BENEFICIARIOS

Sea lo primero señalar que en esta instancia no son objeto de discusión los siguiente aspectos i) que Alexis Gregorio Quiñones Caicedo, falleció el 18 de septiembre de 2005 (fl. 12); ii) que el causante tenía más de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a su deceso (fl.28); iii) que la pensión fue negada por la accionada, mediante oficio de fecha 28 de noviembre de 2006, por no cumplirse con el requisito de fidelidad al sistema (Fls. 28-29).

Dicho lo anterior, conviene advertir que sabido es que la norma que regulan el derecho a la pensión de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, por lo que será lo preceptuado en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, las disposiciones que regulan el posible derecho de la demandante en consideración a que el causante falleció el 18 de septiembre de 2005.

Así las cosas, descendiendo al caso bajo estudio encuentra la Sala que en el sub lite no se encuentra en discusión el cumplimiento de los requisitos establecidos en el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por parte del causante Alexis Gregorio Quiñones Caicedo, esto es, haber cotizado dentro de los tres años anteriores a su deceso, 50 semanas, pues así lo aceptó la demandada cuando negó el reconocimiento de la pensión reclamada y además así puede corroborarse de la historia laboral

consolidada visible a folio 146 de la que se extrae que el fallecido en los últimos 3 años a su deceso cotizó 56 semanas.

Ahora bien, aducen los recurrentes PORVENIR S.A. y BBVA SEGUROS DE VIDA, que el actor no dejó causada la pensión de sobrevivientes, pues si bien acreditó 50 semanas no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema vigente para esa data, es decir, *“no cumplió con el 20% del tiempo de cotización que equivalen a 568 días transcurridos entre el momento en que cumplió 20 años de edad, es decir el 9 de diciembre de 1997 y la fecha del fallecimiento, esto es, el 18 de septiembre de 2005, sino que alcanzó a cotizar 414 días”*, requisito contemplado en el literal b del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pero que es pertinente recordar fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-556 de 2009.

Sobre la inaplicación del requisito de fidelidad, por contrariar los principios de progresividad y no regresividad, resulta pertinente traer a colación lo establecido por nuestro órgano de cierre, en varias sentencias como la SL4372 y 2691 de 2020, SL1189-2018, que reiteraron lo expuesto en la SL772-2018, bajo las siguientes consideraciones:

“En lo que tiene que ver con el tema jurídico que se trae a colación, esto es, el requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación en sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), y luego, en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540, y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que tal exigencia incorporada en las reformas pensionales (Ley 797 y Ley 860 de 2003) del Sistema General de Pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicarla, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia C-556 de 2009, sino, más bien, constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4.º de la C.P.), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política”.

Así las cosas, con base en el anterior precedente jurisprudencial, no les asiste razón a los recurrentes cuando aseguran que no es posible aplicar la sentencia de inexecutable del año 2009, por cuanto la solicitud de pensión de sobrevivientes se realizó y definió antes de esta, pues la inaplicación de fidelidad aplica inclusive para los eventos en que el derecho se consolidó previo a la declaratoria de inexecutable parcial de dicho precepto normativo, al establecer una condición regresiva, que se convertía en un obstáculo para consolidar el derecho pensional que desde un principio fue contrario al derecho a la seguridad social, lo cual condujo a su retiro del ordenamiento jurídico y su consecuente inaplicación.

En conclusión, el fallador de primera instancia, no incurrió en error cuando indicó que el fallecido en efecto dejó causada la pensión de sobrevivientes por haber acreditado 50 semanas en los últimos 3 años, en la cuantía que la determinó aspecto que no fue objeto de controversia en esta instancia por las partes, pues conviene precisarle a PORVENIR S.A. que el hecho de que a la

curadora del demandante le hayan sido devueltos los saldos como lo asegura esa entidad, este aspecto no es óbice para que el demandante ahora reclame el derecho que asegura le corresponde, pues es amplia la jurisprudencia laboral que así lo ha decantado.

CONDICIÓN DE BENEFICIARIO DEL DEMANDANTE Y FECHA A PARTIR DE LA CUAL DEBE RECONOCERSE EL RETROACTIVO PENSIONAL DE SOBREVIVIENTES.

Sobre este aspecto el artículo 47 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

[...]

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (lo resaltado fue declarado inexecutable)

Sobre la pensión de sobrevivientes, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que *“la contingencia protegida por la seguridad social a través de la pensión de sobrevivientes es la muerte del afiliado o pensionado, cuando este hecho inevitable de la vida produce una consecuencia en las personas beneficiarias que en el momento de la defunción convivían o dependían económicamente del causante, siempre que pertenezcan a la población objeto de cobertura, que en el caso de los hijos son los menores de edad, los estudiantes hasta los 25 años y los que padecen una invalidez, quienes demandan una protección y atención inmediata”*.

Revisado el expediente, se observa que se encuentra acreditado que el demandante ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE, es hijo del causante y que nació el 1º de marzo de 2001 (fl.12); también que dependía económicamente de él, pues así lo manifestó la Sra. Emma Florida Caicedo de Quiñonez, abuela del demandante, situación que resulta ser lógica, pues en relación con los hijos menores de edad, los padres ostentan la patria potestad y por ende tienen el deber y la obligación legal de velar por su sostenimiento o manutención, acreditando así la condición de beneficiario.

Ahora bien, el Juez A Quo, reconoció el retroactivo pensional desde la fecha del fallecimiento del causante 18 de septiembre de 2005 hasta el 29 de mayo de 2019, fecha última que tomó teniendo en cuenta la certificación visible a folio 15, en la que se registró que el demandante se encontraba cursando el grado 11 en la Academia Militar José Antonio Anzoátegui, decisión a la que se opuso

PORVENIR S.A. y la llamada en garantía, pues aducen que debe aplicarse la prescripción y que el certificado no reúne los requisitos de la Ley 1574 de 2012.

Así mismo, el apoderado del demandante solicita se imponga condena hasta “la fecha”, como quiera que el actor se encuentra adelantando estudios universitarios desde que terminó el bachillerato.

Al respecto la Sala confirmará la decisión de la primera instancia, pues como bien lo concluyó el Juez A Quo, la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A., no prospera, en tanto, el término de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, se encontraba suspendido, dado que a la fecha del fallecimiento del causante el actor contaba con 4 años de edad.

Al respecto, los artículos 2541 y 2530 del Código Civil, aplicables en lo laboral por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estatuyen que la prescripción se suspende para los menores de 18 años hasta que arriben a mayoría de edad.

En el caso bajo estudio el actor cumplió 18 años el 1º de marzo de 2019, al nacer el mismo día y año del 2001, luego entonces la prescripción se suspendió hasta el día anterior al cumplimiento de los 18 años, contando así el demandante a partir del 1º de marzo de 2019, con tres años para presentar la demanda, misma que fue radicada el 13 de septiembre del mismo año (fl.2), lo que conduce a concluir que como lo determinó el Juez A Quo, no operó la prescripción, sin que los argumentos de los recurrentes prosperen, pues el hecho de que el actor se encontrara representado por su abuela quien actuaba como su curadora adjunta, no varía la decisión, ya que como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en sentencia 39361 de 2012, en tratándose de menores de edad, *“la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces sino de sus representados”*, por lo tanto, la decisión del Juez A Quo, referente a reconocer el retroactivo desde la fecha del fallecimiento y hasta al menos el 29 de mayo de 2019, fue acertada, ya que contrario a lo que aducen los apoderados de PORVENIR S.A. y la llamada en garantía la certificación visible a folio 15, además de no ser redargüida en su contenido reúne los requisitos del Decreto 1889 de 1994 vigente para la fecha de la muerte del causante o de la Ley 1574 de 2012, disposiciones que establecen como se acredita la condición de estudiante.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la apelación de la parte demandante relacionada con que se calcule el retroactivo hasta “la fecha”, la Sala no accederá a dicho pedimento, pues en efecto no obra prueba que de cuenta que el demandante más allá del 29 de mayo de 2019, se encontrara estudiando, carga probatoria que era de su resorte de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., ya que si bien el Joven Adrián Alexis Quiñones Aguirre, al rendir interrogatorio de parte, manifestó que desde que terminó el bachillerato inició estudios superiores, no existe prueba de ello, por ende, se confirmará la decisión de la primera instancia al respecto; sin embargo, le asiste el derecho a

percibir la sustitución pensional hasta que cumpla 25 años, en el evento que ante la entidad demandada PORVENIR S.A., acredite la condición de estudiante, en los términos establecidos por el artículo 47 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como en efecto lo señaló el Juez A Quo, en el numeral primero de la sentencia objeto de apelación.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Solicitó el apoderado del demandante se concedan los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, estos fueron negados por el Juez A Quo, decisión que la Sala no comparte, ya que si bien para el momento en que la demandada negó la pensión de sobrevivientes 28 de noviembre de 2006, no se había proferido la providencia constitucional y tampoco se encontraba en vigor el cambio de criterio jurisprudencial anteriormente citado, SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, sentencia que dispuso que los jueces debían inaplicar ese requisito como presupuesto para causar el derecho pensional, lo cierto es que, al menos para la fecha en que la demandada PORVENIR S.A. contestó la demanda y se enteró sobre la conducencia de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante, dicha jurisprudencia ya se encontraba vigente, circunstancias que no permiten entender que la AFP, para el momento procesal antes dicho, estaba amparada en la norma vigente, por lo que resulta responsable del pago de los intereses de mora establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, criterio que se acompasa con lo sostenido por nuestro órgano de cierre en sentencia SL 1163 de 2022, en el que al estudiar un caso similar estableció:

“En consecuencia, no se equivocó el juez colegiado al condenar a los intereses moratorios en la forma como lo hizo, puesto que estos proceden cuando la negativa del reconocimiento de la pensión por incumplimiento del requisito de fidelidad se ha presentado con posterioridad a la sentencia CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, puesto que, con esta sentencia, se dispuso que los jueces debían inaplicar ese requisito como presupuesto para causar el derecho pensional, lo cual se dio en el caso de autos, dado que la contestación de la demanda ocurrió después de la citada decisión de la Corte Suprema de Justicia.

“Esta es la postura vigente de la Sala respecto de la procedibilidad de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se ha negado la pensión por el incumplimiento del requisito de fidelidad, como se puede ver en la sentencia CSJ SL4515-2021, a saber:

Es de advertir por la Sala que la solución sería contraria y se ordenarían los intereses moratorios si la negativa del reconocimiento de la pensión por incumplimiento del requisito de fidelidad se hubiese presentado con posterioridad a la sentencia CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, puesto que, con esta sentencia, se dispuso que los jueces debían inaplicar ese requisito como presupuesto para causar el derecho pensional, lo cual quedó visto que no se da en el caso de autos, dado que la contestación de la demanda ocurrió antes de la citada decisión.

El criterio precedente ha sido reiterado en distintas providencias de esta Sala, entre ellas, en las sentencias CSJ SL2691-2020 y CSJ SL5569-2018, que reiteraron a su vez, lo adocinado por esta Sala de la Corte en providencias CSJ SL6326-2016, CSJ SL8552-2016, CSJ SL4948-2017, CSJ SL072-2018 y CSJ SL10637-2014, donde se dijo:

No se dispondrá el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que la entidad aplicó la normatividad que estaba vigente en ese momento para negar el derecho pensional, pues el reconocimiento de la prestación económica a la demandante se hace en virtud al nuevo criterio que viene adoptando la Sala sobre la inaplicación del requisito de fidelidad, aun frente a derechos que se causaron en vigencia de

aquellas normas que consagraban tal exigencia. De ahí que se revocará la sentencia, en cuanto condenó a la demandada al pago de los referidos intereses, para en su lugar, absolver sobre ellos.”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. se notificó de la demanda el 1 de marzo de 2021 (fl. 124), acorde con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, las entidades de seguridad social disponen de dos meses para reconocer la pensión de sobrevivientes, contados a partir del momento en que el interesado radique la solicitud junto con la documentación que acredite su derecho, por consiguiente, la demandada debe intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 2 de mayo 2021, y hasta que se realice el pago de la prestación reconocida en esta providencia.

De conformidad con lo anterior se modificará el numeral 2º de la sentencia, así como el 6º que declaró probada la excepción de improcedencia de cobro de intereses moratorios.

CONCLUSIÓN

En conclusión la sentencia de primera instancia será confirmada en lo que tiene que ver con la condena de la pensión de sobrevivientes así como su retroactivo, pues se modificará en los puntos que se advirtió anteriormente y se adicionará la sentencia con un numeral octavo para imponer condena por concepto de intereses moratorios, siendo del caso, anotar en respuesta a lo argumentando en los alegatos de la llamada en garantía, referente a que en el evento en que se confirme la sentencia, debe limitarse la responsabilidad de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., de acuerdo con la suma asegurada en la póliza, resulta ser un nuevo punto que no fue expuesto en el recurso de apelación, mismo sobre el cual no se efectuará pronunciamiento, pues la Sala únicamente adquiere competencia sobre los puntos de apelación expuestos en el recurso, en virtud del principio de consonancia, los mismos que se confrontan con lo decidido en la sentencia de la primera instancia sin que sea dable ir más allá de lo decidido en virtud del principio de consonancia y por carecer de facultades ultra y extra petitta.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. P., numeral 5º, se tiene que dada la prosperidad mínima del recurso de apelación de la parte actora, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** los **NUMERALES SEGUNDO Y SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tumaco (N), el 30 de noviembre de 2021 objeto de apelación, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar al demandante **ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE**, la suma de \$110.463.589,00, por concepto de mesadas pensionales

*retroactivas, causadas desde el 18 de septiembre de 2005 al 29 de mayo de 2019, fecha de la última certificación de estudios, a razón de 14 mesadas al año. De dicho retroactivo la demandada **PORVENIR S.A.** queda habilitado para realizar los descuentos que por concepto de salud haya lugar, así como también de los dineros que hayan sido efectivamente pagados por concepto de devolución de saldos, mismos que deben ser indexados al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión”*

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la demandada y por la llamada en garantía, salvo la excepción de improcedencia de condena en costas propuesta por esta última, misma que se declara probada”

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tumaco (N), el 30 de noviembre de 2021 objeto de apelación, con un numeral **OCTAVO** que será el siguiente tenor:

“OCTAVO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar en favor del demandante **ADRIAN ALEXIS QUIÑONES AGUIRRE**, los intereses moratorios causados sobre las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional, a partir del 2 de mayo de 2021 y hasta que se verifique el pago de las sumas reconocidas en esta providencia”

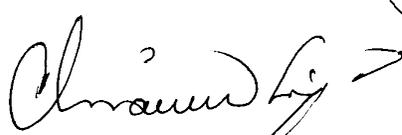
TERCERO: CONFIRMAR en lo restante, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tumaco (N), el 30 de noviembre de 2021 objeto de apelación, conforme se expuso.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia por no haberse causado

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 600. 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

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

(en permiso)
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. 520013105001-2019-00332-01 (555)

ACTA No. 588

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 **MARTHA LUCÍA LÓPEZ PORTILLA** en contra de la **EMPRESA DE SERVICIOS INTEGRALES EMINSER S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la actora que se declare, por esta vía ordinaria laboral, que con la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido. Como consecuencia de tal declaración, se la condene a reintegrarla y reubicarla en un cargo equivalente o de superior jerarquía, en tanto la terminación del vínculo se dio cuando se encontraba en condiciones de vulnerabilidad (enfermedad), al pago de las acreencias laborales enlistadas en el escrito introductor, debidamente indexadas, las incapacidades médicas no cubiertas, la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que se vinculó laboralmente con la demandada a través de contrato verbal a término indefinido desde el 8 de mayo al 10 de diciembre de 2017, en el cargo de operaria de aseo en las oficinas de la DIAN – Pasto, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 6:00 am a 11:00 am y de 2:00 pm a 5:00 pm y los sábados de 7:00 am a 3:00 pm, bajo la subordinación de la Sra.

VANESSA SOLARTE; que el 16 de mayo de 2017, en los exámenes médicos de ingreso no se indicaron restricción para ejercer el cargo.

Agrega que transcurridos 3 meses desde su ingreso, presentó problemas de salud diagnosticado como *neuropatía por atrapamiento moderado del nervio mediano derecho a nivel del cargo* y brazo izquierdo normal, lo que le generó una incapacidad de 5 días y la prescripción de 30 terapias; que el 27 de septiembre de esa misma anualidad, el médico laboral emitió recomendaciones ocupacionales, ordenó 65 terapias y generó incapacidad de 20 días, de las cuales conoció su jefa inmediata, Sra. VANESSA SOLARTE y la empleadora EMINSER S.A.S., sin que las incapacidades fueran canceladas ni se le hubieren atendido las recomendaciones emitidas.

Aduce que el 10 de diciembre de 2017, al finalizar la jornada laboral, la Sra. VANESSA SOLARTE le informó que la demandada terminaba su vinculación, pero que el pago de la liquidación tardaría cerca de dos meses; que el 23 de enero de 2018 se dirigió a la oficina de la demandada ubicada en la ciudad de Bogotá, para que le sea cancelada la liquidación, exponer su estado de salud y conocer la razón de la terminación del contrato, indicándole que obedeció a su carta de renuncia; que el 19 de junio de 2018, el representante legal de la demandada remitió liquidación de prestaciones sociales por valor de \$568.305.

Indica que la referida carta de renuncia no fue suscrita por ella como trabajadora, por lo que interpuso denuncia penal ante la Fiscalía 139 de Bogotá.

Señala, finalmente, que EMINSER S.A.S., la despidió sin justa causa, sin atender su estado de salud y sin autorización del Ministerio del Trabajo, vulnerando con ello la estabilidad laboral reforzada de la que resulta acreedora y sus garantías superiores.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La empresa demandada se notificó en debida forma y dentro de la oportunidad legal, a través de apoderado judicial, la contestó aceptando la existencia de un vínculo laboral, el cual no terminó sin justa causa sino de manera unilateral mediante renuncia libre y voluntaria, presentada a su jefe inmediata y ante

testigos, por lo que no resultan procedentes las condenas encaminadas al reintegro y sus consecuencias. Con base en ello formuló varias excepciones de mérito que denominó “inexistencia de las obligaciones y/o derechos reclamados en juicio”, “cobro de lo no debido”, “prescripción sin que implique reconocimiento de derecho alguno” y “buena fe”.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 1º de octubre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo verbal entre el 1º de junio y el 10 de diciembre de 2017 y probada la excepción de mérito propuesta por pasiva, denominada *inexistencia de las obligaciones y/o derechos reclamados en juicio*. En consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de las restantes pretensiones formuladas en su contra y se abstuvo de condenar en costas.

Para arribar a tal determinación, el juez cognoscente no encontró discusión en la existencia del contrato de trabajo, pero si en el extremo inicial, 1º de junio de 2017, soportado en el material probatorio, liquidación, interrogatorio y testimonios, lo fijó. Respecto de la estabilidad laboral reforzada que reclama la accionante por sus padecimientos de salud, expone que no toda incapacidad o afección de salud del trabajador le arropa con esta especial protección y que, en el caso bajo estudio, no existe calificación que acredite la condición de discapacidad, en tanto obran dos incapacidades por 5 y 20 días, por demás insuficientes para declarar la presunción aludida ni el solicitado reintegro, máxime cuando el vínculo se rompió por decisión de la actora, en presencia de otros trabajadores. Finalmente, frente al pago de incapacidades, señala que no existe prueba de que la actora informara de ello a la demandada.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

Inconforme con tal determinación, quien representa los intereses de la convocante a juicio, formula recurso de alzada en procura de que el Juez Superior verifique la estabilidad laboral invocada por su representada, en tanto si bien no existe una calificación porcentual, al proceso se arribó calificación de origen en la que se indica que sus padecimientos tiene origen laboral, tal como

como se corrobora con el oficio emitido por Seguros Bolívar notificado también a la empresa demandada, por tanto, la excepción de fondo declarada no está llamada a prosperar, pues EMINSER S.A.S. conoció de las incapacidades como se demostró en audiencia. Enfatiza en que si no existe un porcentaje de calificación debió analizarse la historia clínica completa.

Expone, finalmente, que el juzgado solamente tomó en cuenta la denuncia interpuesta ante la fiscalía para determinar los extremos temporales, pero no se detuvo en la falsificación de la firma en la carta de renuncia, indicativa de que no hubo intención de finalizar el contrato de trabajo por parte de su representada, máxime cuando la testigo traída a juicio por la convocada, Vanessa Solarte, no fue segura en las respuestas brindadas al respecto, como si ocurrió con el interrogatorio de parte rendido por activa.

II. TRÁMITE DE INSTANCIA

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

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado para que las partes e intervinientes formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, según constancia secretarial de 2 de febrero de 2022 se recibieron, vía electrónica, las alegaciones de la demandada EMINSER S.A.S., quien señala respecto de la renuncia presentada por la actora, que la intención de finalizar el vínculo laboral no solamente se perfeccionó con la aludida carta, entregada a su superior jerárquico en presencia de trabajadores, sino que se acompañó con el abandono del lugar de trabajo, sus funciones y obligaciones sin ningún tipo de explicación, justificación o permiso, por lo que no le asisten los derechos invocados.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio el siguiente problema jurídico: ¿Se ajusta a derecho la decisión de primera instancia en cuanto declaró probadas algunas excepciones de mérito propuestas por pasiva y, en consecuencia, la absolvió de todas las pretensiones invocadas por la convocante a juicio, relacionadas con la estabilidad laboral reforzada pretendida, tras considerar que en el sub examine no se presentó un despido fundado en el estado de salud de la actora, sino que medió carta de renuncia presentada a la jefe inmediata en presencia de compañeros de trabajo?

2.2. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

En torno a dirimir la presente causa se advierte, primigeniamente, que en virtud del art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, correspondiéndole a la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y a la convocada, aquellos en los cuales estructura su defensa.

Advertido lo anterior, la Sala precisa que en la presente causa litigiosa la existencia del contrato de trabajo no es motivo de discusión ni sus límites temporales fijados entre el 1º de junio y el 10 de diciembre de 2017. Por ello, se verificará, primigeniamente, si la convocante a juicio probó, como era de su carga, que la razón del fenecimiento del vínculo laboral provino de la voluntad unilateral del empleador. En caso afirmativo, se corroborará la situación de debilidad manifiesta alegada por activa que amerite arroparla con la reclamada estabilidad laboral reforzada que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Y lo cierto es que el operador judicial de primer grado concluyó, luego de analizar el material probatorio adosado al expediente, que el 10 de diciembre de 2017 la trabajadora, en presencia de varios compañeros de trabajo, renunció en forma escrita al cargo que desempeñaba para la demandada como operaria de aseo, con la usuaria DIAN.

Pero este no fue el único acto de la promotora de la presente Litis dirigido a finiquitar el vínculo jurídico, a desvincularse de su empleadora, pues fue ella quien se encargó de devolver los uniformes de trabajo, luego de acudir a la Inspección de Trabajo y nunca más, entre el 10 de diciembre de 2017 y el 23 de enero de 2018, se presentó a su sitio de trabajo para cumplir las funciones asignadas o preguntar las razones de su desvinculación, como claramente lo confesó al rendir interrogatorio de parte.

Tal circunstancia tampoco se desnaturaliza con la acción penal interpuesta por la Sra. Martha Lucía López en contra de la empresa accionada, el 16 de julio de 2018 ante la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Pasto, por el delito de falsedad en documento privado sobre la carta de renuncia, acusada EMINSER S.A.S., de la cual se adjunta el formato único de la noticia criminal, folio 52 a 54, porque claramente el resultado de la investigación no se adjuntó a la acción laboral ni se invocó la figura de la prejudicialidad o suspensión del proceso que regula el artículo 161 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral por remisión del artículo 145 del C.P.L. y S.S., advirtiendo que la sola presentación de la denuncia penal, per se, no constituye prueba del delito invocado ni convierte el acto en un despido unilateral del empleador.

Así las cosas, si la terminación del vínculo contractual que lio a las partes en contienda no surgió de la voluntad del empleador, la estabilidad laboral reforzada reclamada por la promotora de Litis no tiene vocación de prosperidad, aún si eventualmente se cumplieran las condiciones que trae el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y que la jurisprudencia nacional emanada de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral, se ha encargado de desarrollar con claros y recientes pronunciamientos.

En efecto, las Altas Cortes coinciden en que si el trabajador demuestra su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo, el *despido se presume* discriminatorio y tal presunción legal se puede desvirtuar por parte del empleador demostrando la justa causa para terminar válidamente la relación laboral.¹

¹ Al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2586- 2020, SL4113-2020 del 27 de octubre de 2020 y las sentencias de la Corte Constitucional SU- 049 de 2017 y T-052 de 2020.

Para que ello opere se requiere, como ya se advirtió, por una parte que se surta el despido del trabajador o trabajadora y, por otra, que la afectación en su salud **les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**; es decir, a voces de Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en sentencia SL5181-2019, no cualquier afectación al estado de salud amerita la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que “ **... la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles**”. Además se exige que tal situación de discapacidad moderada sea debidamente conocida por el empleador.

En suma, como en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala no se acredita que la trabajadora fuera despedida de su empleo o su contrato de trabajo terminado por parte del empleador traído a juicio, sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, esta Sala de Decisión avalará íntegramente la decisión adoptada en primera instancia de declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva y la consecuente absolución de las pretensiones elevadas por la actora, por ajustarse a derecho.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme lo resuelto y de conformidad con lo regulado en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, la condena en costas estará a cargo de la parte demandante y a favor de la convocada a juicio EMINSER S.A.S., fijando las agencias en derecho en el equivalente a ½ smlmv; esto es, \$ 500.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto del recurso de alzada por activa, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia, a la demandante MARTHA LUCÍA LÓPEZ PORTILLA, a favor de la convocada a juicio, fijando las agencias en derecho en el equivalente a ½ smlmv; esto es, \$500.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 C.G.P.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

(con permiso)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2020-00208 -01 (444)

En San Juan de Pasto, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **GUIDO HERNÁN VELÁSQUEZ GOYES** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Magistrado Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, a la fecha se encuentra en permiso.

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

GUIDO HERNÁN VELÁSQUEZ GOYES, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por los fondos privados demandados. Como consecuencia de lo anterior se ordene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores la totalidad de lo ahorrado por concepto de aportes pensionales, rendimientos y semanas cotizadas, gastos de administración, comisión del seguro previsional. Finalmente, solicitó se condene en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **27 de febrero de 1958**. Que inició su vinculación con el sistema de seguridad social en pensiones a través del empleador **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO**, a partir del 13 de noviembre de 1978, efectuando aportes al RPM, a través de la extinta **CAJANAL**. Que **PROTECCIÓN S.A.**, en abril de 1997 sin mediar asesoría

idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual administrado por esa entidad y luego se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Que en el año 2020 PORVENIR S.A. le informó que tendría derecho a una pensión a los 62 años de \$877.803. Que el 24 de enero de 2020, solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado, petición que le fue negada mediante oficio del 29 de enero del mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 30 de septiembre de 2020 (fls. 106-107), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

PORVENIR S.A., PROTECCIÓN SA en su defensa propusieron las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, entre otras (Fls. 134-179 y 330-380).

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “IMPROCEDENCIA DECLARATORIA INEFICACIA DEL TRASLADO BAJO LOS ACTUALES LINEAMIENTOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA SL 373 -2021”, “INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN”, “RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL” “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fls. 257-272).

El 17 de mayo de 2022, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls.405-406).

El Juez A Quo, el 5 de agosto de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera

instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, declaró que el demandante continuará en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere legar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. como última entidad a la que se encuentre afiliado el demandante a trasladar la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto “de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.

Precisó que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Condenó a PROTECCIÓN S.A., y a PORVENIR S.A. a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones del actor, durante el tiempo en que ella estuvo en los fondos privados, debidamente indexado. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, salvo la relacionada con la condena en costas la que declaró prospera. Condenó en costas a los fondos privados demandados (Fls. 480-481).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Indicó que, en el caso no se acreditó que existiera vicios en la voluntad del actor de pertenecer al RAIS, pues resalta que realizó dos traslados entre fondos. Aseguró que, la carga de la prueba que se exige en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada. Así mismo, manifestó que el fallo vulnera el principio de congruencia 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, por ende debe acudir a la figura de las restituciones

mutuas, pues además advirtió que los rendimientos producidos son altos. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, además las mismas 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 del demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Advirtió, que la Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha establecido que la permanencia de los afiliados en los fondos tiene como finalidad garantizar los principios que rigen el Sistema General de Pensiones. Así mismo, manifestó que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de los fondos demandados. Además, resaltó que al demandante le asistía el deber de solicitar información, más aún cuando realizó varios traslados horizontales entre fondos. Mencionó que, la carga de la prueba no se puede abordar de forma generalizada y que se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, advirtió que autorizar el traslado del actor al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

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

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

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por el realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que el actor 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.

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

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad, y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante ante el R.A.I.S. Igualmente, determinar si PORVENIR S.A., debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo la totalidad de las cotizaciones y sus rendimientos, así como los gastos de administración primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, y si a su vez PROTECCIÓN S.A. también debe devolver algunos de los anteriores conceptos por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a ese fondo, y si COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Finalmente, resolver si la condena en costas en contra de PORVENIR S.A. resulta procedente.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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

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

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

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

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)

manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A. cumplieron con el deber de información que les asistía puesto que del material probatorio se observa que el demandante con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por CAJANAL según el documento del folio 408 y de conformidad con el documento que aparece en el folio 210, se conoce que desde el año 1982 a 1983, se desempeñó al servicio del Hospital San José de Túquerres ESE, generando historia laboral en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda. En consecuencia, contrario a lo que afirma la apoderada de PORVENIR S.A. les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efecto de los traslados el actor recibió por parte de las demandadas independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares del demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio.

Igualmente, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir el actor en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de los formularios de solicitud de vinculación o traslado suministrados por parte de PROTECCIÓN S.A., que data del 1º de abril del 1997 y por HORIZONTE visible a folio 180 de fecha 12 de febrero de 2001, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que le competía tales como, ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

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

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

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

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio

comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, pues si bien en el asunto bajo estudio el actor cotizó a Cajas de Previsión entidades que administraban el RPMD, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante a PROTECCIÓN S.A. el 1 de abril de 1997 y el realizado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 31 de marzo de 2001, conforme el documento que obra a folio 384, 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 al demandante y como este último se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por el demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. ante COLPENSIONES, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dichos fondos, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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 la decisión de la primera instancia, para incluir el traslado de los bonos pensionales si los hubiere y se aclarará en el sentido de precisar que la indexación opera únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

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

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “IMPROCEDENCIA DECLARATORIA INEFICACIA DEL TRASLADO BAJO LOS ACTUALES LINEAMIENTOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA SL 373 -2021”, “INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN”, “RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS SENTENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL” “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

CONCLUSIÓN

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

COSTAS

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

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** el numeral **PRIMERO** y **MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), el 5 de agosto 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 el demandante **GUIDO HERNÁN VELASQUEZ GÓYES**, 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 **PROTECCIÓN S.A.** el 1º de abril de 1997, así como el efectuado a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, el 31 de marzo de 2001.*

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

*En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al **RAIS**, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por **PORVENIR S.A.**, transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados.*

SEGUNDO: **SUPRIMIR** el **NUMERAL TERCERO** por ser repetitivo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 5 de agosto de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

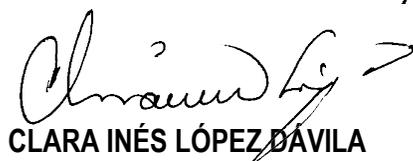
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a 2 SMLMV, esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 587. 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

(EN USO DE PERMISO)
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. 520013105001-2020-00243-01 (504)

ACTA No. 589

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 **LIBIA MERCEDES ROJAS GOYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado al RAIS adelantado a través de PORVENIR S.A., producido a partir del 1° de septiembre de 1994. Solicita, en consecuencia, se ordene a la demandada trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual integrada por los aportes, bonos pensionales, con sus frutos e intereses y a COLPENSIONES, recibir las sumas antes descritas. Así mismo, pide que se condene al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la actora, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 1° de septiembre de 1962, cotizando para pensiones desde el 4 de junio de 1991 hasta el 9 de junio de 1992 a CAJANAL y del 14 de agosto de 1992 al 29 de julio de 1994 al extinto ISS; que sin mediar asesoría idónea fue trasladada al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad al 1° de septiembre de 1994; que sin análisis de su situación pensional se trasladó entre administradoras de fondos de pensiones privado de Porvenir S.A a Colfondos y viceversa, que el 12 de junio de 2020 se le realizó proyección pensional por parte de la administradora del RAIS en la que se

indicó que a los 57 años accedería a una pensión de \$877.803, correspondiente al 21% de su IBC que a 2017 ascendía a \$4.200.000; que de haber permanecido en el RPM aspiraría a una pensión en un monto mínimo del 55%; que el 23 de julio de 2020, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia del traslado, sin recibir respuesta.

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

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, toda vez que no se aportó prueba de la falta de información alegada, enfatizando que el retorno al RPM no es posible, toda vez que los términos legales para su procedencia se superaron con creces. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “prescripción”, “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “buena fe”, “imposibilidad de condena en costas”, “falta de legitimación en la causa”, entre otras.

De otro lado, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, indica que los actos de traslado y afiliación entre administradoras del RAIS son eficaces, como quiera que fueron el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante, quien contó con un lapso superior a 26 años para retornar al RPM y no lo hizo. Con lo expuesto presentó las excepciones en procura de su absolución.

Por su parte, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, indica que el acto jurídico de traslado es válido toda vez que la demandante se afilió libre y voluntariamente después de brindársele la asesoría e

información disponible y obligatoria en ese momento. Razones en las que fundamento las excepciones de mérito para enervar las pretensiones de la demanda.

Asimismo, interviene el Ministerio Público para enfatizar que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los atributos de los que debe gozar el traslado a efectos de que resulte válido son la libertad y voluntariedad; es decir, la libertad informada, señalando que ésta implica la comprobación de que existió o no una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos de su traslado, situación que probatoriamente se encuentra a cargo de las llamadas a juicio. Propuso como excepción de mérito la improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones y solicitó se absuelva interrogatorio de parte.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 7 de octubre de 2022, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante a PORVENIR S.A, realizado el 22 de julio de 1994, a COLFONDOS el 30 de enero de 1998 y HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A promovido el 11 de junio de 2001. 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, por lo que condenó a PORVENIR S.A y proporcionalmente a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la actora, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, capitalización y porcentaje de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; a COLPENSIONES a recibir de la primera los conceptos antes descritos y si luego de dicho ejercicio financiera existiera diferencia entre esta suma y la que debería existir en la cuenta global del RPM, la asumirla PORVENIR S.A. Por último, declaró probadas la excepción de imposibilidad de condena en costas en favor de COLPENSIONES, ausencia de prueba efectiva del daño propuesta por COLFONDOS Y PORVENIR S.A, y, condenó en costas a las referidas administradoras del régimen privado.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A

Inconforme con esta determinación, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A solicita al Juez Colegiado que la decisión sea revocada y, en su lugar, se absuelva a su representada de las condenas impuestas, incluidas las costas. Sustenta su recurso en que en el presente proceso operó la prescripción y caducidad de la acción, toda vez que, insiste, el objeto del proceso y la fijación del litigio se circunscribieron a determinar la existencia, validez o ineficacia del acto jurídico de traslado, que efectivamente existió y produjo efectos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliado, haciendo aportes y recibiendo rendimientos financieros en la cuenta individual y, desde luego, la administradora haciendo uso del derecho legal de cobro de la cuota de administración por el trabajo desarrollado y la producción de esos beneficios.

Agrega que en el presente proceso la prueba no es suficiente para arribar a la conclusión del despacho, toda vez que únicamente se contó con un interrogatorio de parte que recuerda lo que le conviene y olvida que el fondo privado otorgó la información disponible en ese momento, además, no existió afectación de la voluntad de la demandante y tampoco se demostró que esta falta sea el único motivo o el más importante a la hora de efectuar el traslado, máxime cuando existieron otros elementos importantes que el despacho no detalló.

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

Resalta el desequilibrio procesal en cuanto a la valoración de la prueba, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el juez cognoscente, el solo dicho del demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que las manifestaciones de la entidad demandada merezcan consideración alguna.

Finalmente refiere que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por costas procesales, por cuanto estas resultan improcedentes y excesivas, sin considerar que la

entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la Constitución, a la Ley y conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales.

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 demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS, 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 pensional, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante y las demandadas COLFONDOS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme da cuenta la constancia secretarial del 5 de diciembre de 2022.

El apoderado judicial de las llamadas a juicio PORVENIR S.A. y COLFONDOS, insiste en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado, oponiéndose, además, 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 judicial, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda, por lo que solicita declarar probadas las excepciones de fondo que conducirán a la exoneración de las condenas impuestas en primera instancia.

La apoderada judicial de la convocante solicita confirmar la decisión de primer grado y desechar los puntos de apelación de las demandadas toda vez que en el curso del proceso la AFP demandada no demostró que al momento de efectuarse el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS se brindó la asesoría necesaria a fin de comprender los

beneficios y perjuicios que ello conllevaba, además que se declare la improcedencia de la prescripción incoada por pasiva, pues en tratándose de una pretensión de naturaleza declarativa goza de un carácter irrenunciable e imprescriptible.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión solicita que la decisión de primer grado se confirme en su integridad por encontrarla ajustada a derecho.

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 el operador judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, además de los rendimientos financieros, los gastos de administración y demás consecuencias económicas? Por último, iii) ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS?

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 13 y 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

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

Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021.

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

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

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

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

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, los fondos de pensiones ahora convocados a juicio, PORVENIR S.A. y

COLFONDOS, no cumplieron con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. LIBIA MERCEDES ROJAS GOYES, o al menos no lo demostraron en la presente causa, en tanto no aportaron ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y en todo el tiempo que estuvo afiliada a ambas administradoras le ilustraran con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a las sociedades administradoras demandadas, 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 ese momento, por una parte, de brindarle a la Sra. ROJAS GOYES la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarla llegando incluso, 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 y, lo mismo sucede con la demandada COLFONDOS quien también debió brindarle asesoramiento e información cuando la actora efectuó el traslado entre las administradoras de fondo privado.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado,

suscrito por la accionante ante PORVENIR S.A con efectividad al 22 de julio de 2022, COLFONDOS efectivo el 1° de marzo de 1998 y con HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A., promovido el 28 de marzo de 2000, según el historial de vinculaciones aportado por COLFONDOS (fl. 1 PDF 8.1) y las historias laborales arrimadas al plenario, determinación que implica privar estos actos jurídicos de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizaron, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD al cual se afilió válidamente el 14 de agosto de 1992 a través del extinto ISS (fl. 16 PDF 3), con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, que solamente 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. Por tanto, se modificará el numeral segundo que también ordenó esta devolución respecto de COLFONDOS.

Por otra parte, se avala la orden dictada a PORVENIR S.A., de devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima 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 afiliada a dichos fondos, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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.

Así como 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 SC31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Las obligaciones referidas les corresponden asumirlas a las dos administradoras del RAIS traídas a juicio, en forma proporcional al tiempo en el cual la demandante permaneció en cada una de ellas, y en este sentido, los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la decisión de primera instancia serán modificados.

Con lo expuesto, resulta claro que la orden de devolver los rendimientos financieros, gastos de administración y demás consecuencias económicas, es procedente y legal, toda vez que ello es el resultado de una omisión que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar 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. y COLFONDOS, en el caso bajo estudio, demostrar que cumplieron con sus cabales obligaciones como administradoras pensionales al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS o entre administradoras de este sistema privado y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza de la afiliada, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral 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...”*.

Advirtiendo que lo dicho, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni de los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de

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

2.3. EXCEPCIONES

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

2.2.1. COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

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

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

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de las administradoras de los fondos pensionales 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.

2.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 7 de octubre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán 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 demandante LIBIA MERCEDES ROJAS GOYES 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 y proporcionalmente con COLFONDOS, las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que la actora permaneció en cada una de ellas, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

*“**TERCERO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, si luego de este ejercicio financiero aún existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, PORVENIR S.A y COLFONDOS deberán asumirla, en forma proporcional al tiempo en que hubiere permanecido la actora en cada fondo, como se indicó en la considerativa de esta providencia”.*

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

TERCERO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS, 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 cada una, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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

(ES USO DE PERMISO)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 52001310105001-2021-00370-01 (420)

ACTA No. 591

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 **GERMÁN BRAVO RUSSI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., que en consecuencia se le condene a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos, utilidades y gastos de administración, debidamente indexados y al pago de las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 26 de julio de 1963, cotizando para pensiones ante el extinto ISS un total de 598.43 semanas; que sin mediar asesoría idónea, en 1997 se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A, con efectividad 1º de agosto de dicha anualidad; que de permanecer en el fondo privado aspiraría a la garantía de pensión mínima a los 62 años, en el evento de seguir cotizando el 100% del tiempo; que de mantenerse en el RPM tendría la certeza de alcanzar una mesada pensional, al menos del 65%, siendo que en los últimos 10 años ha contado con un IBC de \$2.447.690.

Finalmente, señala que el 27 de septiembre de 2021 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la ineficacia del traslado promovido por la AFP PROTECCIÓN S.A, sin recibir pronunciamiento alguno.

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen del promotor de la Litis tiene plena validez. Advierte que la solicitud de retorno del actor al RPM no cumple con los requisitos y por ello no es posible recibir los aportes realizados. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por su parte, expone que la decisión de traslado del demandante fue libre y voluntaria después de brindarle la asesoría e información 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.

Finalmente interviene el Ministerio Público para exponer que, de conformidad con la jurisprudencia, el presente asunto se debe plantear desde la óptica de la ineficacia, siendo la AFP demandada quien debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna para garantizar, de esa manera, que el afiliado contó con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia, inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento celebrada el 2 de septiembre de 2022, siguiendo

el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Igualmente dispuso que para todos los efectos legales el accionante continuará en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a la administradora del RAIS a trasladar a COLPENSIONES y a éste a recibir, los saldos junto con sus rendimientos, así como el porcentaje de gastos de administración, porcentaje de gastos de administración, primeras de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Por último, las excepciones propuestas por las llamadas a juicio se tuvieron como no probadas, salvo la imposibilidad de condena en costas en favor de COLPENSIONES y la ausencia de daño e inexistencia de daño invocada por PROTECCIÓN S.A. y se condenó en costas a esta última.

1.1. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la administradora del RPM expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, aduciendo que en el particular no se demostró una indebida información o engaño por parte de PROTECCIÓN S.A., pues además existe una ratificación del deseo de permanencia en el RAIS. Expone, que el demandante no es un afiliado lego, porque si bien no es experto en el manejo del sistema pensional, si cuenta con estudios superiores y podía obtener información sobre los efectos del cambio de régimen en cualquiera de las entidades demandadas, pero no lo hizo, demostrando con ello su satisfacción con la escogencia del régimen pensional.

Por último, manifiesta que, aunque los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización del sistema, toda vez que deberá asumir la situación pensional de una persona que no ha contribuido al sistema y tampoco asumió los riesgos de estar afiliado al 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

la parte demandada COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicho fondo público pensional, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, conforme da cuenta la constancia secretarial del 4 de noviembre de 2022, se presentó -vía electrónica-, la intervención del apoderado judicial de la COLPENSIONES, quien se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda, por lo que solicita declarar probadas las excepciones de fondo que conducirán a la exoneración de las condenas impuestas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

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 de la 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 una expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptible, irrenunciable e inalienable.

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su 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, PROTECCIÓN S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. GERMÁN BRAVO RUSSI, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y en todo el tiempo que estuvo afiliado a la administradora a cargo del RAIS, 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, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a las sociedades administradoras demandadas, 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 indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la

existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PROTECCIÓN S.A incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle al Sr. BRAVO RUSSI la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, de ser el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, si encontraba 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 PROTECCIÓN S.A. con efectividad al 1° de agosto de 1997, según constancia emitida por el fondo privado convocado a juicio (fl. 23 PDF 01), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se vinculó válidamente desde el mes de noviembre de 1985 (historia laboral PDF 01), hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que PROTECCIÓN S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, adicionando, 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. Situación que impone adicionar el numeral segundo de la resolutive, los demás emolumentos que también se incluyen en los efectos del traslado.

También se avala la orden a PROTECCIÓN S.A., de devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliada a dichos fondos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y 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 la última sentencia citada y en la SL 3719 de 2021.

No obstante, la orden también debe incluir el reconocimiento de la diferencia o merma, entre el valor total que debe trasladar la demandada PROTECCIÓN S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el actor hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto. En este sentido, se adicionará el numeral segundo de la sentencia objeto de estudio.

Indicando en este punto que la devolución de los rendimientos financieros es procedente junto con el reintegro de los gastos de administración y demás consecuencias económicas impuestos, porque como se insiste a lo largo del presente proveído, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PROTECCIÓN S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse

del RPM al RAIS y no después, sin que tal obligación se trasponga 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 de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 de 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”*.

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

2.2.3. EXCEPCIONES

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

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por la traída a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de la demandada COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 2 de septiembre de 2022, objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar de la cuenta individual de ahorros del demandante GERMÁN BRAVO RUSSI 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, así como 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 PROTECCIÓN S.A. y con cargo a sus propios recursos, de acuerdo al tiempo en que hubiere permanecido el actor en el fondo, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

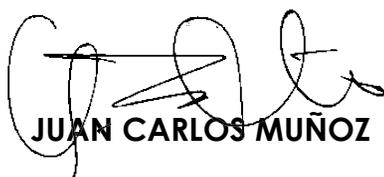
SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

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

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

(en uso de permiso)
LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2021-00418 01 (421)

En San Juan de Pasto, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **RAMIRO MANUEL CORREA DIAZ** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Magistrado Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, a la fecha se encuentra en permiso.

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

RAMIRO MANUEL CORREA DIAZ, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.** el 31 de marzo de 1998. En consecuencia, se condene al fondo privado demandado a devolver a **COLPENSIONES** los valores cotizados por la actora, el bono pensional. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas en costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 8 de julio de 1960. Que prestó servicios y realizó cotizaciones en la forma en que se indican en los hechos 2 a 13, siendo su primera afiliación al ISS. Que el 31 de marzo de 1998, **PROTECCIÓN S.A.** sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al Régimen de Ahorro Individual, con Solidaridad. Que **PROTECCIÓN S.A.**, le informó que su mesada no sería superior a 1 SMLM. Que las demandadas le negaron el traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 21 de enero de 2022 (Fl. 104), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, entre otras.(Fls. 110-141)

PROTECCIÓN S.A. en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, e “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA” (Fls.173-223).

El juzgado de conocimiento el 2 de septiembre de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante a PROTECCIÓN S.A., en marzo de 1998, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y DEVOLVER a COLPENSIONES el

porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Preciso, que al momento de cumplirse esa 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. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior para que a futuro se consolide el derecho pensional del actor. Declaró probada las excepciones de fondo propuestas por PROTECCIÓN S.A., denominadas Ausencia de Prueba Efectiva del Daño e Inexistencia del Daño, y la excepción de Imposibilidad de Condena en Costas, propuesta por COLPENSIONES, y no probadas las restantes. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A (Fls. 547-551).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A., más aún si se tiene en cuenta que el demandante cuenta con estudios de carácter superior. Resaltó además que, de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella. Así mismo, advirtió que autorizar el traslado del demandante 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, el recurso de apelación fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

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

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los

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

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

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)

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que PROTECCIÓN S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante se trasladó en el año 1998, proveniente inicialmente de la Caja de Previsión Social PREVINAR y del extinto ISS, administradores del RPM, tal y como se lee del documento visible a folio 489 y del hecho 3º de la contestación de la demanda presentada por COLPENSIONES (Fl. 111), así como del folio 56 no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirma el apoderado de la demandada COLPENSIONES le correspondía a PROTECCIÓN S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, el actor recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de

beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

En cuanto al formulario de afiliación aportado a folio 230, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del formulario no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PROTECCIÓN S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad, no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP, quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

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

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

trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, pues si bien en el caso bajo estudio el actor según la certificación electrónica de tiempos laborados (CETIL) visible a folio 489 cotizó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE NARIÑO PREVINAR, entidad que administraba el RPMD, y luego se trasladó al ISS, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas ni frente a terceros, por ello, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante según el documento del folio 56 a PROTECCIÓN S.A. el 24 de marzo de 1998, con efectividad a partir del del 1º de mayo del mismo año, conclusión que no implica como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

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

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

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

EXCEPCIONES.

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

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada, como quiera, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, por ello la ineficacia del

acto jurídico de traslado puede alegarse en cualquier momento u oportunidad, tal y como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Radicación No 65791, del 8 de mayo de 2019.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES, 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 y segundo de la sentencia conforme se indicó. En lo restante la sentencia se confirmará.

COSTAS

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 2 de septiembre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

PRIMERO: *“DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por el demandante RAMIRO MANUEL CORREA DIAZ, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PROTECCIÓN S.A. el 24 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año.*

DECLARAR que para todos los efectos legales el actor 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 la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos y devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el actor 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

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 2 de septiembre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

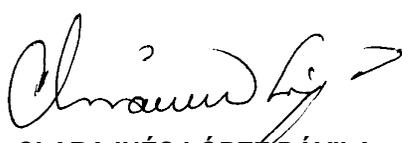
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 586. 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

(EN USO DE PERMISO)
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 ESPECIAL DE FUERO SINDICAL No. 523563105001-2022-00119-01 (374)

ACTA No. 594

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de diciembre 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 especial de fuero sindical de la referencia, instaurado por **EMPOOBANDO E.S.P.** en contra del **SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA "SINTRAEMSDES" – SUBDIRECTIVA IPIALES.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte actora **EMPOOBANDO E.S.P.**, a través de demanda especial de fuero sindical, que se declare que el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA "SINTRAEMSDES" no cuenta con el mínimo de integrantes y, por tanto, se ordene la cancelación, disolución y liquidación de su registro sindical.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que de conformidad con el acto de reconocimiento de personería jurídica No. 0017 de 15 de noviembre de 2015, proferido por el Ministerio del Trabajo, se constituyó la subdirectiva Ipiales del sindicato demandado; que EMPOOBANDO E.S.P., ha realizado diversas actuaciones para corroborar el cumplimiento de los requisitos de constitución del sindicato, sin obtener respuestas por parte de las entidades respectivas; que hasta el mes de junio de 2022, la organización sindical cuenta con un (1) solo afiliado, razón por la que no puede subsistir por no contar con el mínimo de trabajadores que deben conformarlo.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El escrito inicial se notificó al sindicato demandado, a la subdirectiva Ipiales al igual que al Ministerio Público, sin que tal requerimiento fuera atendido, como consta en auto de 25 de julio de 2022, en virtud del cual la jueza cognoscente tuvo por no contestada la demanda.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias de este juicio especial, la juzgadora a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en sentencia proferida el 1º de agosto de 2022, denegó las pretensiones invocadas por la entidad accionante, esto es, la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical del demandado – subdirectiva Ipiales, por considerar que el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” no se encuentra registrado en el archivo sindical, como se extrae de la prueba aportada.

Advierte la operadora judicial de primer grado que, en efecto, la Dra. YOLANDA ANGARITA GUACANEME, coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio del Trabajo, aclaró que la organización registrada correspondía al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, LAS COMUNICACIONES, LA TELEVISIÓN, LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, LOS INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES”, de manera que la demanda se impetró frente a un sindicato inexistente, del que no se aportó ningún documento de constitución.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con esta determinación, quien representa los intereses judiciales de la entidad demandante, EMPOOBANDO E.S.P., interpuso recurso de apelación para solicitar del Juez Colegiado su revocatoria y, en su lugar, se disponga la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical del SINTRAEMSDES – SUBDIRECTIVA IPIALES, señalando que contrario a lo aducido por el Despacho, fue el propio sindicato demandado quien le indujo a error pues desde el acta de constitución No. 01 del 27 de noviembre de 2015, la subdirectiva Ipiales se creó bajo el nombre SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS E INSTITUTO DESCENTRALIZADO DE COLOMBIA – “SINTRAEMSDES” SUBDIRECTIVA IPIALES, de manera que no se trata de un sindicato inexistente, sino que ello corresponde al acta presentada ante EMPOOBANDO E.S.P. y con el que efectivamente se les llama en la

“CONSTANCIA DE REGISTRO DE CREACIÓN Y PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL” que aporta con el recurso.

De manera que EMPOOBANDO E.S.P., demandó al sindicato que ellos conocieron bajo el acta de constitución radicada en sus dependencias y si la organización sindical actuó sin el lleno de los requisitos, como lo es la identidad del nombre respecto del sindicato nacional, debió ser éste al igual que el Ministerio del Trabajo quienes no permitieran su funcionamiento.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandante EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE LA PROVINCIA DE OBANDO – EMPOOBANDO E.S.P., 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.

2.1. PRUEBAS DECRETADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 25 de octubre de la cursante anualidad, se reabrió el debate probatorio y se ofició al GRUPO INTERNO DE TRABAJO ARCHIVO SINDICAL del MINISTERIO DEL TRABAJO, para que remita con destino al expediente de la referencia, certificación o autenticación de la inscripción en el registro sindical de la organización denominada SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDES SUBDIRECTIVA IPIALES, así como la remisión del acto de reconocimiento de personería jurídica No. 0017 del 15 de noviembre de 2015, proferido por el MINISTERIO DE TRABAJO.

Asimismo, se ofició a la INSPECCIÓN DE TRABAJO DE IPIALES para que remita copia de todas y cada una de las actuaciones surtidas ante su dependencia por parte del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDES SUBDIRECTIVA IPIALES.

No obstante, como las documentales requeridas no se armaron al expediente, mediante proveído del 15 de noviembre de 2022 se requirió por segunda ocasión a las mencionadas entidades y adicionalmente, a la parte demandante, para que, en caso de contar con lo requerido, lo allegue al proceso de la referencia.

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, en cuanto negó las pretensiones de la demanda por deficiencia probatoria y claridad respecto de la organización sindical que se trae a juicio?; o, tal como lo aduce el apelante por activa, en el presente se encuentra demostrada la existencia del sindicato y el incumplimiento del requisito mínimo de afiliados?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. DE LA EXISTENCIA DE LA ASOCIACIÓN SINDICAL DEMANDADA

Al respecto, es de indicar que la decisión adoptada por la juzgadora cognoscente se centró en que la presente causa litigiosa se impetró frente a una organización sindical inexistente *“de la que no se aportó ningún documento de constitución y frente a la cual no puede realizarse ordenamiento alguno”*, pues esta se dirigió en contra del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDDES” SUBDIRECTIVA IPIALES; empero, el material probatorio allegado al dossier, consistente en certificaciones proferidas por el Presidente Nacional del Sindicato y del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo, da cuenta del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, LAS COMUNICACIONES, LA TELEVISIÓN, LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, LOS INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDDES”, sin que guarden identidad entre ellos.

Por su parte, la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE LA PROVINCIA DE OBANDO – EMPOOBANDO E.S.P., señala que conoce del acto de reconocimiento de personería jurídica No. 0017 del 15 de noviembre de 2015, proferido por el Ministerio de Trabajo, a través del cual se constituyó el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDDES SUBDIRECTIVA IPIALES, nombre que además aparece en el formato de proceso vigilancia y control suscrito por el Ministerio del Trabajo, de manera que quien hizo incurrir en error a la entidad demandante fue la propia organización sindical y más aún, las entidades de control del mismo, esto es, la dependencia sindical a nivel nacional y la oficina del trabajo, quienes en ejercicio de sus funciones debieron advertir la incongruencia entre el nombre asignado a la

subdirectiva Ipiales y el inscrito ante el Ministerio del Trabajo, para impedir que todos los actos celebrados y avalados eventualmente perdieran validez.

Al respecto, en el material probatorio aportado con escrito inicial y que se relaciona con el punto total, se avizora:

- Oficio del 25 de marzo de 2022 (fls. 13 – 14 del PDF02), suscrito por YOLANDA ANGARITA GUACANEME, Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical en el que se lee: *“Así las cosas, y teniendo en cuenta que en su solicitud allegada vía correo electrónico ya hace mención a que lo que requiere es la certificación de existencia de la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS E INSTITUTO DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” Subdirectiva Ipiales. Le remito la respectiva certificación **no con el nombre por usted aportado** sino con el que se encuentra registrado ante el Grupo de Archivo Sindical, cual es **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, LAS COMUNICACIONES, LA TELEVISIÓN, LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, LOS INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES”.***
- Oficio del 26 de abril de 2022 (fls. 56-57), suscrito por HUMBERTO POLO CABRERA, como presidente nacional y Representante Legal del “Sindicato Nacional de Trabajadores y Empleados de los Servicios Públicos, las Tecnologías de la Información, las Comunicaciones, la Televisión, las Corporaciones Autónomas, los Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia”.

De otro lado, con ocasión de la prueba de oficio decretada por esta Sala de Decisión, se tiene que mediante correo electrónico del 21 de noviembre de 2022, la convocante a juicio remitió respuesta al auto emitido el 16 del mismo mes y año, según constancia secretarial de 22 de noviembre de la presente anualidad, aportando además de diversas negociaciones colectivas celebradas con el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia – Subdirectiva SINTRAEMSDES Ipiales, la “CONSTANCIA DE REGISTRO DE CREACIÓN Y PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL”, firmada por el Inspector de Trabajo de Ipiales (fls. 4-6 carpeta de segunda instancia - constancia respuesta Empoobando), así:

		PROCESO INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL		Código: IVC-PD-06-F-01	
		CONSTANCIA DE REGISTRO DE CREACIÓN Y PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL		Versión: 2.0 Fecha: Febrero 05 de 2015 Página: 1 de 1	
FORMATO NUMERO 2. CONSTANCIA DE REGISTRO DE CREACIÓN Y PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL					
Dirección Territorial o Inspección de Trabajo Nombre Inspector de Trabajo	IPIALES RICARDO VALLEJO RIVADENEIRA		Departamento Municipio	NARIÑO IPIALES	
Número Registro	017	Fecha:	Hora:	04:00 p.m.	
Seleccione si se constituye subdirectiva o Comité	Subdirectiva	FECHA ACTA ASAMBLEA DE CREACIÓN		27 de octubre de 2015	
I. INFORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL PRINCIPAL					
NÚMERO DE REGISTRO	1832	NOMBRE	Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia		
SIGLA	SINTRAEMSDES	DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA	CIUDAD	FACATATIVA
II. INFORMACIÓN DE LA SUBDIRECTIVA O COMITÉ SECCIONAL					
NOMBRE	Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia - Subdirectiva SINTRAEMSDES Ipiales				
SIGLA	SINTRAEMSDES	CORREO ELECTRÓNICO	andresmaunociob@gmail.com		
DOMICILIO	Calle 6 número 4-18	TELÉFONO	3182218775		
DEPARTAMENTO	NARIÑO	MUNICIPIO	IPIALES		
III. INFORMACIÓN DE LAS EMPRESAS DE LAS CUALES HAY AFILIADOS A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL					
TIPO IDENTIFICACIÓN DE LA EMPRESA	Matricula Mercantil	NÚMERO IDENTIFICACIÓN	800240132-6		
NOMBRE EMPRESA	Empresa de Obras Sanitarias de la Provincia de Obando EMPOOBANDO E.S.P.				

También figura oficio No. 90 52 356 – 365 del 3 de noviembre de 2015 (fl. 21 Respuesta Empoobando) suscrito por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Dr. RICARDO VALLEJO RIVADENEIRA, dirigido a al Gerente y/o Representante Legal de EMPOOBANDO E.S.P., en el que se lee: *“Para los efectos legales y su conocimiento, con la debida atención le comunico que el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia, Subdirectiva SINTRAEMSDES Ipiales, en documentación, recibida el día de hoy, indican que el 27 de octubre del año en curso, efectuaron elección de Junta Directiva de la Subdirectiva Ipiales. Adjunto copia auténtica de la constancia de registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva o comité seccional, número 017 de la fecha, correspondiente a la Agronomía antes indicada”.*

Por otra parte, también atendiendo la prueba de oficio decretada por esta Sala de Decisión, mediante correo electrónico del 2 de diciembre de 2022, la coordinadora del Grupo de Archivo Sindical, Dra. YOLANDA ANGARITA GUACANEME remitió respuesta, según constancia secretarial del 5 de diciembre hogaño, en el que aporta el certificado 3321000-05EE202233210000071458 del que se extracta:

Que revisada la base de datos del Grupo de Archivo Sindical, aparece **INSCRITA** y **VIGENTE** la organización sindical denominada **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, LAS COMUNICACIONES, LA TELEVISIÓN, LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, LOS INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES”** de Primer Grado y de Industria, con Personería Jurídica número 1832 del 4 de noviembre de 1970, con domicilio en el municipio de Funza, departamento de Cundinamarca.

NOTA: **APARECE registrada la Subdirectiva IPIALES.**

Lo expuesto, resulta suficiente para derruir la conclusión a la que arribo la juzgadora cognoscente, pues el material probatorio adosado se extracta que, en efecto, la organización sindical inscrita ante el Ministerio del Trabajo – Ipiales es el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA – SUBDIRECTIVA SINTRAEMSDES IPIALES, a través de la constancia de registro No. 017 de 2015, siendo tal agremiación sobre la que se informó a la empresa convocante, a través de oficio del 3 de noviembre de 2015, con constancia de recibido del 5 del mismo mes y año y con la que se celebraron diversas negociaciones colectivas; sindicato que en efecto se encuentra llamado como parte pasiva de la presente causa litigiosa.

Así, demostrada como se encuentra la existencia de la organización sindical del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA – SUBDIRECTIVA SINTRAEMSDES IPIALES y en torno a resolver de fondo el asunto de marras, señalará esta Sala de Decisión que, el artículo 401 del C.S.T., determina las causales de disolución de un sindicato, federación o confederación, entre ellas las siguientes:

- “a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;*
- b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;*
- c) Por sentencia judicial, y*
- d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.*
- e) En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 de esta ley”. Subrayas fuera de texto.*

Respecto a la obligación de demostrar en desarrollo del proceso los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que dispone el artículo 145 del C.P.L. y S.S., en su inciso primero dispone “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas*

persiguen”, exigencia que responde al fin de ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia para el esclarecimiento de la verdad procesal, pues si bien en desarrollo del proceso, el juez puede de oficio o a petición de parte distribuir esta carga al decretar las pruebas, ello no exime a la parte interesada de demostrar los hechos en que sustenta lo pedido o las excepciones para enervar las aspiraciones de la parte actora.

Puestos en esta tarea, se tiene entre folios 59 a 97 de la demanda inicial, una serie de renunciaciones al sindicato de trabajadores demandado, ratificados en escrito del 5 de noviembre de 2020, mediante el que se comunica la renuncia irrevocable de 37 afiliados al sindicato, así:

	NOMBRE	CEDULA	FIRMA
1	BASTIDAS ESTUPIÑAN LUIS JAVIER	5,819,449	<i>[Firma]</i>
2	BASTIDAS RUEDA OMAR ORLANDO	13,011,700	<i>[Firma]</i>
3	BELALCAZAR GAON JOSE ARNOLDO	98,362,983	<i>[Firma]</i>
4	BOLAÑOS CAICEDO OSCAR ANDRES	1,085,899,880	<i>[Firma]</i>
5	BORJA RODRIGUEZ LUIS ODEIMAR	1,123,326,743	<i>[Firma]</i>
6	BURBANO GUERRERO JAIRO HERNAN	12,747,211	<i>[Firma]</i>
7	CABRERA PINCHAO SANDRA	1,085,947,791	<i>[Firma]</i>
8	CHACUA MALPUD ANDRES NILSON	87,101,976	<i>[Firma]</i>
9	CHACUA TAQUEZ OMAR	1,085,915,292	<i>[Firma]</i>
10	CHACUA TAQUEZ WILLIAN ARLEY	1,004,533,768	<i>[Firma]</i>
11	CHALACA CHACON LUIS LISANDRO	87,715,026	<i>[Firma]</i>
12	CHALACAN MORAN JUAN CARLOS	13,074,273	<i>[Firma]</i>
13	CHARFUELAN MARIO BOLIVAR	87,102,587	<i>[Firma]</i>
14	CUARAN SALAZAR JOHANA	1,085,920,943	<i>[Firma]</i>

Recb: Andro's C.
 9/11/2020.
 C:35 p.u.

15	DIAZ TEPUD LUIS LIBARDO	87,718,300	<i>Luis Libardo Diaz Tepud</i>
16	IMBACUAN CAICEDO LUIS OSCAR	87,217,771	<i>Oscar Imbacuan</i>
17	IMBACUAN ROSERO ANYELO MILLER	1,085,946,374	<i>Anyelo Miller Imbacuan Rosero</i>
18	IMBACUAN ROSERO LUIS ANTONIO	1,085,899,514	<i>Luis Antonio Imbacuan Rosero</i>
19	LEON RODRIGUEZ CARLOS EFREN	13,065,300	<i>Carlos Leon Rodriguez</i>
20	MADROÑERO PEREZ JOSE LUIS	1,085,898,921	<i>Jose Luis Madroñero Perez</i>
21	MALPUD TATICUAN MANUEL JESUS	13,006,652	<i>Manuel Jesus Malpud Taticuan</i>
22	MARTINEZ ANGIE ALEJANDRA	1,085,942,618	<i>Angie Martinez Benca</i>
23	MEJIA OBANDO JESUS ALBEIRO	87,218,627	<i>Jesus Albeiro Mejia Obando</i>
24	MERA ENRIQUEZ JAIME HORACIO	87,711,855	<i>Jaime Horacio Mera Enriquez</i>
25	MOSQUERA CHANCHI DANNY ALBER	1,085,334,863	<i>Alber Mosquera Chanchi</i>
26	MUESES CHACUA JOSE JAVIER	87,718,955	<i>Jose Javier Mueses Chacua</i>
27	NAGERA BETTER ELVIS	91,435,958	<i>Elvis Nagera Better</i>
28	NANDAR SUÑIGA ROSA ELVIRA	1,085,912,348	<i>Rosa Elvira Nandar Suñiga</i>
29	PINCHAO PISTALA LUIS ALFREDO	87,102,534	<i>Luis Alfredo Pinchao Pistala</i>
30	PORTILLA ARTEAGA HERMOGENES	13,016,446	<i>Hermogenes Portilla Arteaga</i>
31	QUEMAG GELPUD ALBERTO JESUS	1,085,911,959	<i>Alberto Quemag Gelpud</i>
32	ROSETO CHAMORRO VICTOR LUIS	87,711,263	<i>Victor Luis Roseto Chamorro</i>
33	ROSETO ORTEGA CANDIDA OLIVIA	27,253,372	<i>Candida Roseto Ortega</i>
34	TUCANEZ PISMAG FREDY MESIAS	1,085,933,318	<i>Fredy Mesias Tucanez Pismag</i>
35	YAGUAPAZ TULCAN ROMEL ANDRES	87,216,351	<i>Romel Yaguapaz Tulcan</i>
36	YARPAZ ELIZABETH ALEXANDRA	1,085,926,080	<i>Elizabeth Alexandra Yarpaz</i>
37	CHACUA TAQUEZ ALBA MARIA	1,085,936,063	<i>Alba Maria Chacua Taquez</i>

Frente a lo anterior, es de resaltar que en el plenario no observa la Sala de Decisión prueba efectiva de que dichos trabajadores tuvieran vinculación laboral con la demandante EMPOOBANDO S.A.S., ni que pertenecieran a SINTRAEMSDES. No obstante, a fls. 56 y 57 PDF 02, reposa la ampliación de respuesta a derecho de petición del 26 de abril de 2022, dirigida al Dr. JULIO VICENTE BURBANO RUIZ, gerente de EMPOOBANDO E.S.P., suscrita por HUMBERTO POLO CABRERA en calidad de presidente nacional y representante legal del Sindicato Nacional de Trabajadores y Empleados de los Servicios Públicos, las Tecnologías de la Información, las Comunicaciones, la Televisión, las Corporaciones Autónomas, los Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia – SINTRAEMSDES, en la que se lee: “A Enero de 2022 en la Empresa que usted dirige tenemos un afiliado que es el Señor Andrés Mauricio Cabrera Bravo quien ostenta la calidad de Presidente de la Subdirectiva Ipiales de SINTRAEMSDES”.

Tal información se ratifica a fl. 58, mediante certificación de 30 de junio de 2022, suscrita por la Subgerente de Talento Humano y Servicios Administrativos de entidad demandante, en la que se lee:

“Que, de la Planta de Personal de la Empresa Obras Sanitarias de la Provincia de Obando EMPOOBANDO E.S.P., se encuentra los siguientes funcionarios afiliados al Sindicato de Trabajadores y empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas e Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia SINTRAEMSDES – Subdirectiva Ipiales.

ANDRÉS MAURICIO CABRERA BRAVO, identificado con cedula No. 87.101.860 de Ipiales”

Así las cosas, revisado el número de afiliados al sindicato para el mes de enero de 2022, según las certificaciones antes referidas, se constata que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con un (1) solo afiliado activo, el Sr. Andrés Mauricio Cabrera Bravo y ello, a la luz de lo preceptuado en el literal d) del artículo 401 del C.S.T., configura causal de disolución de la organización sindical al no contar con el número mínimo de afiliados, esto es, 25 trabajadores. En este sentido, la parte accionante cumplió con su carga probatoria, aquella que le imponía acreditar la disminución del número de integrantes del sindicato demandado y por tanto, sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, procedente la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA – SUBDIRECTIVA SINTRAEMSDES IPIALES deprecado y en tal sentido, se revocará la decisión de primer orden.

Las costas en primera instancia estarán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$ 1.000.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por la convocante a juicio, no se impondrán costas en esta instancia, por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Ipiales, el 1° de agosto de 2022, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído para, en su lugar, **ORDENAR** la **DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL** del **SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDS” SUBDIRECTIVA IPIALES.**

SEGUNDO. CONDENAR en costas de primera instancia estarán a la parte demandada y a favor de la empresa demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$ 1.000.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

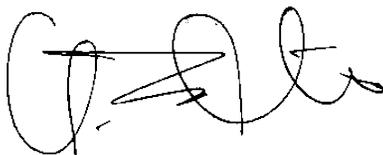
TERCERO. SIN LUGAR A CONDENAR en costas de segunda instancia, por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone 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 4° 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

(CON PERMISO)

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO