

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. 520013105001-2019-00503-01 (569)

ACTA No. 141

San Juan de Pasto, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **EVAL MARIO MARTÍNEZ** 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 y/o nulidad del acto jurídico de traslado al RAIS promovido por PROTECCIÓN S.A., el 13 de junio de 1997, por omisión en el deber de información. En consecuencia, solicita que se trasladen a COLPENSIONES los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros o utilidades obtenidas y gastos de administración indexados; que el fondo pensional público reconozca la pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia en cuando acredite los requisitos pensionales; y, que se impongan las costas procesales a cargo de las demandadas.

Como fundamento de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 2 de diciembre de 1959 y se afilió al RPM el 20 de enero de 1987, inicialmente a través de CAJANAL y luego al extinto ISS hasta 1992; que el 13 de junio de 1997, sin mediar asesoría idónea, se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., a quien autorizó para la emisión del bono pensional ante CAJANAL, contando, a la presentación de la demanda con 1667.12 semanas de cotización.

Señala que el 3 de septiembre de 2019, elevó reclamación administrativa ante la AFP PROTECCIÓN S.A., procurando que se nulite el traslado del RPM al RAIS, pero le fue negada mediante escrito de 18 del mismo mes y año, en donde además indicó que la cuantía de la mesada pensional, de solicitarse, ascendía a \$1.150.682. Con igual propósito se dirigió ante COLPENSIONES, sin obtener respuesta favorable.

Finalmente indica que la mesada pensional calculada por la AFP convocada resulta inferior a la que le hubiere correspondido de ser debidamente aconsejado y asesorado para permanecer en el RPM, situación que le ha generado daños injustificados.

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, que la solicitud de retorno del actor al RPM no cumple con los requisitos legales para ello y que no existió engaño o vicio del consentimiento ni falta de información de parte de la administradora del RAIS. 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 que 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. En ello fundamenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada.

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

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 adelantada el 21 de noviembre 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 a la SOCIEDAD DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA AIG, a ING PENSIONES Y CESANTÍAS y finalmente derivado del traslado automático por fusión a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales el accionante continuará en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a **PORVENIR S.A.** (sic) a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, las cuotas de administración y comisiones, primas de seguros previsionales 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 en caso de presentarse diferencias entre lo que debería existir en el RPM y lo transferido por el fondo privado, deberá ser PROTECCIÓN S.A., como última entidad administradora del RAIS, quien lo asuma con cargo a sus propios recursos.

Por último, absolvió a PROTECCIÓN S.A. de las restantes pretensiones, declaró oficiosamente la excepción de petición antes de tiempo y la de imposibilidad de condena en costas en favor de COLPENSIONES. Condenando en costas únicamente a la administradora del régimen privado.

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 en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, se presentaron -vía

electrónica-, las intervenciones de la demandada Colpensiones y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 10 de marzo de 2023.

La apoderada judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones oportunamente propuestas a favor de su representada, así como relevarla de las pretensiones incoadas por la parte actora y de las condenas impuestas en primera instancia.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión interviene para pedir que la decisión de primer grado sea confirmada en tanto declaró la ineficacia del traslado, pero solicita modificarla para precisar que la condena se profiere en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y no de PORVENIR S.A.

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 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 financieros y demás emolumentos debidamente indexados?

2.3. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.3.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

a los deberes y responsabilidades al momento de privilegiar las técnicas interpretativas que amplíen el conjunto de las garantías de los trabajadores y afiliados, todas éstas acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por

COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008, SL5514 de 2021 y SL3465-2022.

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

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

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

2.3.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. EVAL MARIO MARTÍNEZ o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y durante el tiempo de permanencia del afiliado ante la administradora 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 la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 373 de 2021), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta 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. MARTÍNEZ la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, de ser necesario, a desanimarlo de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., el 13 de junio de 1997 (PDF 02, fl. 25), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo vinculado al RPMPD en cual cotizó al menos desde 1987, como se lee en la historia laboral y bono pensional arrimado al plenario (fls. 35 a 53), 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 PROTECCIÓN S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES se aclarará, con el fin de señalar que la AFP encargada del cumplimiento de las condenas es PROTECCIÓN S.A. y no PORVENIR S.A. Igualmente se modificará el numeral tercero para ordenar al fondo público pensional que una vez reciba los valores provenientes del RAIS, actualice la historia laboral del promotor de la presente Litis, para los efectos pertinentes.

Se avala, igualmente, la orden impuesta a la demandada 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 afiliado 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 SL5660 de 2021, en las que se indica que la indexación se aplica porque estos recursos, desde el nacimiento

del acto ineficaz, debieron ingresar al RPM, efecto que viene decantado desde la sentencia 31989 de 2008 y se reitera en la CSJ SL2877-2020, CSJ SL4063-2021 y CSJ SL3188-2022. Así mismo se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre.

En igual sentido, se respalda la orden de reconocer la diferencia o merma entre el valor total a trasladar por la demandada 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 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Finalmente, para ahondar en razones que amporen 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, porque en efecto se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

2.3.3. EXCEPCIONES

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

2.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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. ACLARAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 21 de noviembre de 2022, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará del siguiente tenor:

*“**SEGUNDO.- ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver de la cuenta individual del señor EVAL MARIO MARTÍNEZ a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, los aportes y bonos pensionales si los hubiere, junto con sus utilidades y 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 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 justifiquen.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 21 de noviembre de 2022, conforme las consideraciones que anteceden, para, en su lugar, disponer:

***TERCERO. CONDENAR** a COLPENSIONES, a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se*

deben trasladar y a actualizar la historia laboral para los efectos pertinentes. Si luego de este ejercicio financiero aún existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él, PROTECCIÓN 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”.

TERCERO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta, conforme lo antes expuesto.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2018-00181- 01(090)

En San Juan de Pasto, a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LUCIA DE CARMEN BURBANO ENRIQUEZ** y **CATALINA ERASO BURBANO**, en calidad de esposa e hija del fallecido **JOSE LUIS ERASO AGREDA** contra **ENTRE OBRAS SAS**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

LUCIA DEL CARMEN BURBANO ENRIQUEZ y **CATALINA ERASO BURBANO**, en calidad de esposa e hija del fallecido **JOSÉ LUIS ERASO AGREDA** a través de apoderada judicial, instauraron demanda ordinaria Laboral en contra de **ENTRE OBRAS SAS**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre **JOSE LUIS ERASO AGREDA** y la demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo de un año, vigente entre el 1º de noviembre de 2016 y el 29 de agosto de 2017. Consecuencialmente, solicitó se condene a la sociedad convocada a juicio las sumas de dinero correspondientes a la diferencia de la pensión de sobrevivientes, reconocida por la EQUIDAD DE SEGUROS DE VIDA OC, y se la requiera además para que consigne en favor de COLPENSIONES, el cálculo actuarial que establezca el Despacho, por concepto de cotizaciones dejadas de realizar, con los respectivos intereses de mora, la indexación y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que **JOSÉ LUIS ERASO AGREDA**, se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo de un año vigente desde el 1º de noviembre de 2016 hasta el 30 de octubre de 2017. Que los sitios de trabajo durante el tiempo laborado fueron según la

necesidad del empleador. Que devengó como salario para el año 2016 la suma de \$1.378.908 más un auxilio de alimentación por valor de \$1.881.092, y en el año 2017 en los mismos términos para un total de \$3.356.526. Que el auxilio fue permanente por lo tanto se convirtió en salario. Que JOSÉ LUIS ERASO AGREDA, falleció el 29 de agosto de 2017, y las demandantes al adelantar la pensión de sobrevivientes encontraron que su empleador no realizó los aportes respectivos de acuerdo a los ingresos que realmente percibía. Que debido a lo anterior la pensión de sobrevivientes reconocida a las demandantes se vio afectada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 22 de agosto de 2018 admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fl.86).

Trabada la Litis, la demandada **SOCIEDAD ENTRE OBRAS SAS**, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, pues indicó que la partes por mutuo acuerdo pactaron que el auxilio de alimentación no constituiría base salarial, En su defensa propuso como excepciones las de “COMPENSACIÓN”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls. 105 y ss).

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 25 de noviembre de 2021, se declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo de la parte demandante, así mismo, se fijó el litigio y se realizó el correspondiente decreto de pruebas (Fls. 121 y ss).

El Juzgado de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 30 de enero de 2020, ordenó integrar a la litis a la EQUIDAD RIESGOS LABORALES y COLPENSIONES, entidades que se pronunciaron en la forma como dan cuenta los folios 159-177 y 193 a 211.

Por su parte, la delgada del Ministerio Público, manifestó que en el evento en que se logre demostrar la habitualidad del pago del auxilio de alimentación, el empleador deberá asumir el pago del cálculo actuarial correspondiente al ajuste de las cotizaciones efectuadas durante el tiempo en que estuvo a su servicio (fls. 243-246).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 25 de enero de 2022, se constituyó en audiencia de que tratan los artículos 77 y 80 declarando que entre el Sr. José Luis Eraso Agreda y la ENTRE OBRAS SAS, existió un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2016 y el 29 de agosto de 2017. Consecuencialmente, declaró que el valor acordado entre las partes denominado como auxilio para alimentación por valor de \$1.881.092 constituye salario y debe formar parte del ingreso base de cotización para efectos de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Riesgos Laborales. Determinó que la demandada, se encuentra en la obligación de trasladar a la entidad EQUIDAD ORGANISMO COOPERATIVO, el valor que mediante CÁLCULO ACTUARIAL se establezca constituye la diferencia del capital de los valores que han sido reconocidos a través de

pensión de sobrevivientes a las señoras LUCIA DEL CARMEN BURBANO ENRÍQUEZ Y CATALINA ERASO BURBANO, teniendo como base de cotización los reportados a la entidad, incluido el valor \$1.881.092 durante todos los meses comprendidos entre el 1º de noviembre de 2016 y el 29 de agosto de 2017, cálculo actuarial que deberá garantizar no solo el capital suficiente para pagar el reajuste de las mesadas pensionales causadas, sino las que se causen de acuerdo con las proyecciones que a través de actuario establezca la entidad deben ser financiadas por la entidad empleadora por no haber cumplido su obligación legal durante la vigencia de la relación laboral. Ordenó que la sociedad demandada en calidad de empleador dentro del tiempo y por el monto que determine ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante CÁLCULO ACTUARIAL, asuma dicho capital, por no haber efectuado las cotizaciones en materia de pensiones durante el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2016 al 29 de agosto de 2017, teniendo como IBC los reportados a la entidad sumado la suma de \$1.881.092 durante todos los meses comprendidos entre 1º de noviembre de 2016 a 25 de agosto de 2017. Ordenó a la entidad ENTRE OBRAS SAS dentro de los términos que establezcan las entidades EQUIDAD SEGUROS DE VIDA ORGANISMO COOPERATIVO y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES efectuó el pago del cálculo actuarial que a satisfacción de las mencionadas entidades se establezca.

Posteriormente, aclaró que la obligación de la EQUIDAD SEGUROS DE VIDA OC, de pagar el reajuste de las mesadas pensionales retroactivas y las mesadas posteriores, surge a partir de la fecha en que la sociedad ENTRE OBRAS SAS, constituya el capital suficiente para garantizar el pago de las mismas (Acta audiencia de juzgamiento).

En síntesis, la Juez A Quo, concluyó que el auxilio de alimentación constituía salario, por lo tanto, ordenó a la demandada pagar el respectivo calculo actuarial a las entidades convocadas a juicio por no haber realizado los aportes sobre el salario que devengó el trabajador. En cuanto a la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por la demandada, indicó que en este caso no se está discutiendo lo relacionado con el pago de acreencias laborales, por ello, no es posible resolverse ese aspecto, más aún cuando los documentos denominadas liquidaciones fueron tachados por la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, al considerar que su representado no tuvo la intención de ocultar el verdadero salario de su trabajador, por el contrario, siempre asumió que el pacto de desalarización era válido, por ello, realizó los aportes con la suma que comportaba salario. Por otro, lado cuestionó el análisis de la prueba testimonial y del interrogatorio de parte del representante legal, y que en todo caso la condena realizada por la Juez A Quo, referente al cálculo actuarial está reservado para el pago de las “mesadas” adeudadas y no para diferencias como el caso que nos ocupa, las que asegura deben pagarse de manera mensual y no global como lo definió la primera instancia que ocasionaría la quiebra de la sociedad demandada. Adicionalmente, manifestó que resulta incongruente que la primera instancia hubiera descartado la

tacha de las liquidaciones de acreencias laborales, pero cuando estudió lo relacionado con la excepción de compensación si las tuvo en cuenta.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La parte actora, solicitó se confirma la decisión de la primera instancia, pues la cláusula segunda del contrato está contemplada a hacer llamada como ineficaz.

Por su parte, la demandada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Colpensiones y la Equidad Seguros de Vida, solicitaron confirmar la sentencia.

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 los recursos de apelación interpuestos por las partes, le corresponde a esta Sala de Decisión definir respecto de la parte actora i) el auxilio por alimentación constituye salario; ii) en caso afirmativo determinar si la demandada debe cancelar el respectivo calculo actuarial que determine COLPENSIONES y LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, por no haber asumido las cotizaciones en pensiones teniendo en cuenta el auxilio de alimentación, y iii) si hay lugar a estudiar la excepción de compensación propuesta por la demandada.

SOLUCIÓN A PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

INCIDENCIA SALARIAL DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN

Sea lo primero señalar que en esta instancia no se encuentran en discusión los siguientes aspectos i) entre el Sr. José Luis Eraso Agreda y la sociedad Entre Obras SAS, existió un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2016 y el 29 de agosto de 2017; ii) los aportes en salud, pensión y riesgos laborales se realizaron en el año 2016 con un IBC de \$1.379.000 y para el 2017 en la suma de \$1.476.000, y iii) que la relación laboral finalizó con ocasión del fallecimiento del trabajador acaecido el 29 de agosto de 2017, aspectos todos estos que fueron excluidos del debate probatorio en la fijación del litigio llevado cabo en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS.

El punto de discusión planteado por la parte demandada, se centra en demostrar si el ingreso no salarial recibido en vigencia de la relación laboral a título de auxilio de alimentación por valor de

\$1.881.092, mensuales según la cláusula segunda del contrato visible a folios 21-24 tiene connotación salarial.

Para resolver lo pertinente conviene recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1798-2018 reiterada recientemente en providencia SL4342- 2020, estableció que:

*“por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «**los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad**» (art. 128 CST)”* Negrillas fuera del texto.

Así mismo, nuestro órgano de cierre en sentencia SL177 de 2020, recordó que:

“Ha de insistir la Sala en que, ciertamente, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite que existan pagos dentro de la relación laboral que están al margen de tenerse por remunerativos del servicio, o lo que es lo mismo, no salariales.

Sin embargo, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, como quiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa”.

También en la sentencia referida, rememoró lo dicho en providencia SL3266-2018 así:

[...] independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial, al no ser premios como se denominaron, sino verdaderamente eran comisiones por afiliaciones.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Y, recordó que en sentencia SL, 1º febrero 2011, radicación 35771, explicó respecto de los pactos no salariales, que,

“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial.

Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Finalmente, resaltó que aun cuando exista un pacto de desalarización entre las partes, que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial (CSL SL8216-2016)

CASO CONCRETO

De conformidad con lo anterior, y descendiendo al caso bajo estudio encuentra la Sala que las partes en virtud del artículo 128 del C.S.T., pactaron según la cláusula segunda del contrato de trabajo visible a folios 21 a 22, que se pagaría como remuneración la suma de \$1.378.908 y que el empleador otorgaría un auxilio para alimentación por valor de \$1.881.092 mensuales, el cual *“se otorga en razón a las jornadas de trabajo que no permiten su desplazamiento hasta su residencia”, “valor que no constituye salario ni factor salarial para efecto prestacional, por así convenirlo las partes en los términos el artículo 15 de la Ley 50 de 1990”.*

Por su parte, la demandada al contestar la demanda se limitó a manifestar que el auxilio de alimentación no constituía salario por acuerdo mutuo entre las partes, y en diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el representante legal de la demandada, indicó que para el pago del auxilio de alimentación no se le exigía reporte de gastos y que no estaba sujeto a ninguna exigencia, situación que corroboró la testigo Martha Elvira Eraso Agreda, pues manifestó que el pago se hacía todos los meses y que retribuía su trabajo.

Así las cosas, de conformidad con lo anterior se tiene que si bien en el contrato de trabajo sobre el auxilio de alimentación se dijo que el mismo se otorgaba en razón a las jornadas de trabajo que no permiten su desplazamiento hasta su residencia, también lo es que la demandada no probó si el rubro cancelado a título de alimentación cubría en efecto una necesidad específica por aquel concepto, lo que conduce a concluir que en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas aquel pago indudablemente retribuían el servicio subordinado del trabajador.

En conclusión dada la habitualidad o periodicidad del pago su entrega no gratuita y su vocación de acrecentar los ingresos del trabajador, es posible deducir que ese pago estaba inequívocamente dirigido a retribuir directa el servicio prestado, por ello, se confirmará la decisión de la primera instancia que declaró que el valor denominado como auxilio por alimentación por valor de \$1.881.092 constituye salario, durante la relación laboral ejecutada entre el 1º de noviembre de 2016 al 29 de agosto de 2017.

REAJUSTE POR SUBCOTIZACIÓN O COTIZACIONES DEFICITARIAS – APORTES EN PENSIÓN Y ARL

La Juez A Quo, determinó que la entidad demandada debe *“trasladar a Equidad Organismo Cooperativo, el valor que mediante CÁLCULO ACTUARIAL se establezca constituye la diferencia del capital de los valores que han sido reconocidos a través de pensión de sobrevivientes a las señoras*

LUCIA DEL CARMEN BURBANO ENRÍQUEZ Y CATALINA ERAZO BURBANO, teniendo como base de cotización los reportados a la entidad, incluido el valor \$1.881.092 durante todos los meses comprendidos entre el 1 de noviembre de 2016 y el 29 de agosto de 2017. Cálculo actuarial que deberá garantizar no solo el capital suficiente para pagar el reajuste de las mesadas pensionales causadas, sino las que se causen de acuerdo con las proyecciones que a través de actuario establezca la entidad deben ser financiadas por la entidad empleadora por no haber cumplido su obligación legal durante la vigencia de la relación laboral”, decisión a la que se opone la parte demandada, pues asegura que el cálculo actuarial está reservado para el pago de las “mesadas” adeudadas y no para diferencias como el caso que nos ocupa las que asegura deben pagarse de manera mensual y no global como lo definió la primera instancia que ocasionaría la quiebra de la sociedad demandada.

Para resolver lo pertinente necesario es recordar que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, es obligatorio por parte del empleador efectuar las respectivas cotizaciones al Sistema General de Pensiones, respecto de sus trabajadores con base en el salario que ellos devenguen, siendo el responsable del pago de esos aportes el empleador, para lo cual deberá descontar el monto respectivo y trasladarlo a la entidad elegida por el trabajador junto con las correspondientes a su aporte por así disponerlo el artículo 22 de la misma ley.

Ahora bien, nuestro órgano de cierre en sentencia SL 5654 de 2018, expuso que de vieja data y en reiterada jurisprudencia se ha establecido que en los casos en que el empleador ha realizado las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social por debajo del salario real devengado por el trabajador, es aquel a quien le corresponde asumir la diferencias, pues rememoró los expuesto en sentencia SL 24 de 2010 radicado 37240 reiterada en sentencia radicada bajo el No 43098, en la que expresó:

[...] en esos casos es el empleador y no la entidad administradora quien debe asumir el pago de la diferencia prestacional correspondiente; verbigracia en sentencia del 15 de mayo de 2006 radicación 27291, reiterada en la del 11 de agosto de 2009 radicado 33091, expresó:

'En verdad que el Tribunal en la sentencia gravada acogió una equivocada hermenéutica de la normatividad que reglamentaba para las prestaciones del seguro social, los efectos de las cotizaciones hechas sobre un salario inferior al realmente devengado por el trabajador.

[...]

El correcto entendimiento de esa norma que es la aplicable a la presente controversia, lleva a considerar que en aquellos eventos en que el patrono efectúe cotizaciones sobre un salario inferior al realmente devengado por el trabajador sin que exista justificación legal – como podría ser el que se perciba un salario superior al máximo que prevean los reglamentos como asegurable– y que dicha conducta genere una disminución en el derecho prestacional del trabajador, es el patrono quien debe asumir las consecuencias que además de la eventual sanción que podría ser impuesta por el Instituto de Seguros Sociales, las hace consistir la norma en comento de cara a los beneficiarios, en la obligación de cancelar la diferencia en perjuicio, del monto de las prestaciones económicas que les correspondería si el actuar del empleador se hubiere ajustado a la ley.

[...]

Y en la sentencia de instancia, proferida el 27 de enero de 2010 radicación 35617, en un asunto similar al que nos ocupa, donde se discutía el caso de cotizaciones deficitarias por parte de la empleadora demandada a una ARP, se dijo:

‘Puesto de presente lo anterior y revisadas las pruebas obrantes en el proceso, aparece demostrado que a favor del citado Ardila Vallejo, durante el segundo semestre de 1998, se causaron comisiones por valor de \$5’969.835,00, tal como se desprende de la constancia de pago por dicha suma a la demandante María Alexandra Ávila –folio 65-, y de la información suministrada por la accionada en el documento visible a folios 87 a 89 del cuaderno de la Corte, la cual debió reportarse por ésta a la Administradora de Riesgos Profesionales SURATEP, pero como no lo hizo, la pensión de sobrevivientes recocida por tal administradora a las personas que integran la parte demandante, resultó ser inferior a la que realmente les correspondía.

Ante tal omisión, deberá ser la sociedad demandada quien les responda por la diferencia pensional, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 91 del Decreto 1295 de 1994” (negritas fuera del texto)”.

En la sentencia citada en la anterior precedente jurisprudencial, esto es la radicada con el numero 33091 del 11 de agosto de 2009, además indicó:

Se ha de indicar adicionalmente, que la jurisprudencia de la Corte ha previsto la posibilidad de que en los eventos de cotizaciones deficitarias, la prestación pueda ser íntegramente asumida por el Seguro Social siempre y cuando el patrono incumplido cancele previamente el capital constitutivo correspondiente al mayor valor de la prestación, esto es, el cálculo actuarial y no simplemente la diferencia del valor de la cotización dejada de pagar por el empleador, pero estas circunstancias no se dan en el sub lite.

Luego entonces, al encontrarse acreditado que la sociedad demandada, realizó los aportes en pensión y riesgos laborales en el año 2016 con un IBC de \$1.379.000 y para el 2017 en la suma de \$1.476.000, sin incluir el valor de \$1.881.092 que constituía salario, lo que conduciría a concluir que de conformidad con lo anterior, en principio, debería ser la sociedad demandada la que responda por la diferencia pensional, sin embargo, la sentencia 33091 del 11 de agosto de 2009, contempla la posibilidad de que el empleador cancele el capital constitutivo correspondiente al mayor valor, a través del calculo actuarial, como en efecto lo ordenó la primera instancia, por ello, las decisiones de la primera instancia que ordenaron cálculo actuarial en la forma como se indicó serán confirmadas, puesto que en virtud del principio de la no reformatio in pejus, no puede hacerse más gravosa la situación del apelante único, que para el presente caso lo es la parte demandada.

No obstante, en virtud del artículo 285 del C.G.P. se aclarará el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de precisar que el periodo es del 1° de noviembre de 2016 al 29 de agosto de 2017, pues en el audio de indicó 25 de agosto de 2017.

DE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Con relación a esta excepción la Sala considera que la misma no prospera, en la medida en que si bien fue propuesta por la demandada bajo el supuesto de hecho que canceló a la demandante la suma de \$10.000.000 como abono a las obligaciones laborales que pudieran existir, también lo es que en este asunto el problema jurídico se centró en establecer si el auxilio de alimentación constituía salario y si consecuentemente se debían realizar los aportes en seguridad social teniendo en cuenta

el salario realmente devengado por el trabajador fallecido, sin que se entrara a resolver nada sobre obligaciones laborales, referente a liquidaciones o acreencias, por lo tanto dicha excepción carece de fundamento.

COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA

La primera instancia condenó a la demandada ENTRE OBRAS SAS, a cancelar las costas del proceso las que fijó en 2 SMLMV; sin embargo; en la parte resolutive no lo consignó, por ello, se adicionará la sentencia con una numeral sexto para preverlas.

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 la demandada ENTRE OBRAS SAS. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto es la suma de \$1.160.000 las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior resulta procedente aclarar y adicionar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 25 de enero de 2022. En lo restante la sentencia será confirmada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR el **NUMERAL CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia pública llevada a cabo el 25 de enero de 2022, objeto de apelación, el cual quedará así:

*“**CUARTO ORDENAR** que la entidad **ENTRE OBRAS SAS**, dentro del tiempo y por el monto que establezca la **AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, mediante **CÁLCULO ACTUARIAL** determine corresponde al capital que debe ser asumido por el empleador, por no haber efectuado las cotizaciones en materia de pensiones durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 al 29 de agosto de 2017, teniendo como **IBC** los reportados a la entidad sumado la suma de \$1.881.092 durante todos los meses comprendidos entre 1 de noviembre de 2016 a 29 de agosto de 2017.”*

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia pública llevada a cabo el 25 de enero de 2022, con un **NUMERAL SEXTO**, que será del siguiente tenor:

“SEXTO: COSTAS a cargo de **ENTRE OBRAS SAS**, y a favor de la parte demandante, por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia pública llevada a cabo el 25 de enero de 2022,

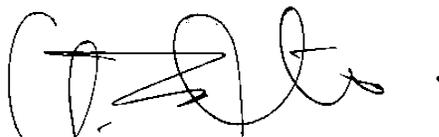
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a cargo de la demandada **ENTRE OBRAS SAS** y a favor de la parte demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$1.160.000, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 *idem*.

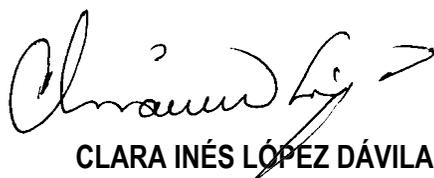
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 138. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	520013105003-2021-00111-01 (332)
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
DEMANDANTE:	Myriam Rocío Arturo Rivas
DEMANDADOS:	- Porvenir s.a. - Colpensiones
ASUNTO:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.	132

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 1º de julio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

MYRIAM ROCIO ARTURO RIVAS, llamó a juicio a las citadas entidades para que se **DECLARE** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media – RPM- al de Ahorro Individual –RAIS- y que tiene derecho a regresar a este último ; en consecuencia, que se condene a **Porvenir S.A.**, a trasladar y a **Colpensiones** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual, constituida por todos los aportes pensionales, cuota de manejo, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, indexación y demás acreencias que se hayan causado por el uso del dinero; y, a las dos convocadas a pagar las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de junio de 1958, cotizó en el Régimen de Prima Media de la Caja de Previsión Municipal de Pasto, desde el 1º de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1993. Que en enero de 1996, cuando laboraba en la Contraloría General Departamento de Nariño, un asesor de PORVENIR S.A., dijo que iba de parte del Jefe de personal de la entidad, que todos los empleados debían trasladar sus aportes al fondo privado, que al hacerlo podría pensionarse a cualquier edad, que su pensión sería superior a la del I.S.S, entidad que se encontraba en liquidación, por tal razón suscribió el formulario, pero que la entidad omitió informar de manera clara, cierta, suficiente y oportuna sobre las ventajas y desventajas del RPM, los riesgos y consecuencias del traslado.

- DE PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó unos, y dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la égida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 26 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno ya no lo permitían; que, no puede exigírsele a la administradora que demuestre circunstancias sobre las cuales no existía obligatoriedad, que solo son responsabilidad de la demandante quien tomó la decisión de manera informada. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; que, tampoco es posible el traslado del bono pensional que no ha sido siquiera

emitido, por lo tanto, no está en su poder; y, que si lo pretendido es que todo vuelva a su estado anterior y que la afiliación no produzca ningún efecto, el traslado no debe incluir rendimientos financieros ocasionados exclusivamente por su vinculación al RAIS. Con fundamento en lo anterior propuso excepciones de fondo.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a todas las pretensiones al considerar que, el traslado de régimen pensional de la demandante cumplió con las expectativas normativas a la fecha de su realización, que esta no cuenta con los requisitos de regreso al régimen de prima media con prestación definida. Se resiste a tener que recibir los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora y afiliarla como cotizante. Aduce que, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; agrega que Colpensiones no tuvo injerencia alguna al momento del traslado de régimen, por lo cual no puede ser condenada al pago de costas procesales. Formulo excepciones de mérito.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 1º de julio de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM; **ii)** probada la excepción de ausencia efectiva de la prueba del daño e inexistencia del daño planteada por PORVENIR S.A., y la de imposibilidad de condena en costas formulada por COLPENSIONES; y **(iii)** no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar y a COLPENSIONES a recibir los saldos obrantes en la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos, 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, con cargo a sus propios recursos; y 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. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y absolvió a las convocadas de las demás pretensiones.

Para fundamentar esta decisión, trajo a colación la normatividad y precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas respectivamente a la libertad de escogencia de régimen y sobre la causa que da lugar a la ineficacia del traslado entre regímenes, luego se pronunció sobre los medios de prueba acopiados al proceso, para concluir que en el presente caso, no existe ninguna prueba demuestre que los asesores de Porvenir, le brindaron a la actora información con todo el contenido que establece la Corte Suprema de Justicia, es decir, una información clara, completa, comprensible, un comparativo de los dos Regímenes Pensionales, que se limitó a anexar la evidencia de la vinculación y la historia laboral y no asumió la carga probatoria que le correspondía de acreditar cuál fue realmente el contenido de la información que brindó al momento del traslado.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

- PORVENIR S.A.

Al sustentar la alzada, inicia insistiendo en que ha operado la prescripción del derecho destinado a lograr la ineficacia del acto jurídico de afiliación, en cuanto el plazo para ejercer la acción, fue superado con creces en atención que desde la fecha en que se celebró la afiliación hasta la de presentación de la demanda fueron superados los términos para las acciones de carácter ordinario extraordinario previstas en la normatividad Civil.

Refiere que no hay en la plenaria prueba de haber incurrido en afectación a la manifestación de voluntad del demandante; que en todo caso la misma derivó

en la celebración de ese acto contrato, válido y libre de todo macula y por lo tanto debe ser considerado eficiente y efectivo en la medida en que produce todos los efectos legales. Que la falta de información no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse al momento del traslado.

Tilda el fallo de contradictorio, porque en el fallo se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Manifiesta que el acogimiento que hace el despacho de la jurisprudencia genera una gravísima afectación al derecho de defensa, dado que con la simple afirmación del demandante en el sentido de que no se le dio la información correspondiente tiene de entrada garantizado el éxito del proceso, y no se tienen en cuenta las pruebas aportadas por parte de la administradora.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo que resultan excesivas con base en el Acuerdo 10554 de 2016 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, e improcedentes, toda vez, que siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que durante el debate probatorio no se logró acreditar que hubo indebida o insuficiente información por parte del fondo privado; que, si bien el demandante no es un especialista que maneje el sistema pensional se demostró que tampoco es un afiliado lego ya que cuenta con estudios de carácter superior sin embargo, no preguntó a los asesores de Porvenir ni en Colpensiones sobre su situación pensional, lo cual es un hecho que lleva a concluir que se encontraba satisfecho con su escogencia de régimen pensional. Señala como elemento notorio de la intención de la demandante de trasladarse

y permanecer afiliada al RAIS, el hecho de permanecer afiliada por período mayor de 20 años. Precisa que, pese a que los fondos privados trasladen la totalidad de la cotización, de los rendimientos financieros y gastos de administración, igual se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de forma obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad de la sostenibilidad del sistema.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso, la demandante, las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo, enfatizando que al momento del traslado no se le brindó la información requerida para optar libremente por el mismo y no se demostró lo contrario. Trae a colación criterios jurisprudenciales que sirven para respaldar la decisión del A quo.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, solicita la confirmación de la sentencia, modificándola, en el sentido de señalar que el fondo privado debe asumir con cargo a sus propios recursos, cualquier diferencia que se presente en el monto trasladado y el que debería existir en el RPM de no haberse efectuado el traslado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros y gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones e igualmente el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por ello, su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o

asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto 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.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la C:J-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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 del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró a la promotora del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, tampoco ilustró sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata de la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A.¹, que la pretendiente cotizó en entidades públicas entre el 1º de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1993, según lo afirmado en el escrito promotor, las cotizaciones se hicieron ante la Caja de Previsión Municipal de Pasto, hecho aceptado por Colpensiones; y que, Porvenir no lo negó ni lo confirmó; por

¹ Ver folio 42 anexo a la contestación de Porvenir

tanto, se tiene por cierto; de ahí, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculada al Régimen de Prima Media. Por demás, el artículo 128 de la Ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo este régimen.² Aunado a lo anterior, del certificado de Asofondos³ se evidencia que el 12 de octubre de 1995 la actora se trasladó de Colpensiones a Porvenir; ello se verifica con el formulario allegado por Porvenir al contestar la demanda⁴. Se concluye de lo anterior, que estuvo afiliada al RPM y en la fecha indicada se cambió al RAIS. Por ende, ningún impedimento legal existe para que regrese al RPM ahora a cargo en forma exclusiva de Colpensiones

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial*- a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que se abre paso la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

En lo concerniente a la crítica que hace Porvenir frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto

² Al respecto se puede consultar las Sentencias SL2208-2021 y SL1305- 2021.

³ Ver folio 87 anexo a la contestación de Porvenir

⁴ Ver folio 41 anexo a la contestación de Porvenir

por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en tanto, el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, esa perspectiva encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

hubiese existido.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

Importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se privó de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁶.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360

⁶ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, que en estricto sentido es de lo que en concreto se duele la administradora del RAIS.

No obstante, efectuado el estudio integral de la sentencia apelada y consultada, advierte la Sala que, aunque con acierto la A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado primigeniamente en el I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, en observancia a la citada consulta que se surte a favor de esta entidad, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar; así mismo, se dispondrá que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

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 se trata de aspectos que favorecen a COLPENSIONES a favor de quien se surte la consulta; y, porque al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En cuanto a la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, 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 que haya 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.

De la prescripción propuesta por Porvenir S.A.

Los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto, debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

Respecto de los medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas que prosperó en primera instancia, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad pues con ellos se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de la demandada, serán a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. 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,

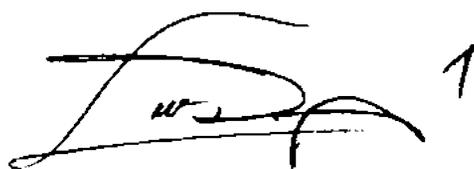
RESUELVE:

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 1º de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **MYRIAM ROCÍO ARTURO RIVAS**, en el sentido de ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2021-00084-01 (331)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Tercero laboral del circuito de Pasto
Demandante:	Oscar Armando Cabrera Tupaz
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	130

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 1º julio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

OSCAR ARMANDO CABRERA TUPAS, llamó a juicio a los fondos de pensiones reseñados con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia de la

afiliación al fondo privado **Porvenir S.A.**, y en consecuencia, se condene a esta administradora del RAIS a devolver y a **Colpensiones**, recibir, las cotizaciones obligatorias y voluntarias, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes a pensiones con sus frutos e intereses y gastos de administración, con indexación; y, que se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

2. Hechos.

Afirma el actor que inicio su vida laboral el 8 de abril de 1976 cotizando al Sistema General de Pensiones administrado por el ISS, hoy Colpensiones, hasta el mes de septiembre de 2005, y desde el 1º de agosto del 2005, se afilió a Horizonte, hoy PORVENIR S.A., debido a que en la Universidad donde laboraba para ese entonces, esta entidad a través de sus asesores, realizó reuniones con todo el personal, informando sobre los beneficios del fondo privado, en especial, que se podían pensionar con una mayor mesada, garantías más dignas que el RPM y que realizando aportes voluntarios podrían pensionarían a una menor edad; así mismo, le informaron que el ISS se iba liquidar, razones por las cuales, decidió trasladarse de régimen, diligenciando el formulario de vinculación al citado fondo. Sin embargo, los asesores de la administradora del RAIS no informaron sobre las posibles desventajas respecto de sus derechos pensionales al realizar el cambio de régimen, ni brindaron asesoría personalizada. Indica que elevó reclamación administrativa ante Porvenir y Colpensiones las cuales fueron despachadas negativamente.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y negó otros, previniendo sobre estos últimos, que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la égida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida que el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación el 1º de agosto de 2005, con efectividad desde el 1 de octubre del mismo año. Advierte que no puede exigírsele a la administradora conducta sobre la cual no había obligatoriedad como argumento para responsabilizarla sobre circunstancias que solo son incumbencia del demandante, quien tomó la decisión de manera informada. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la

información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además, que el actor no indagó para saber lo que le convenía y solo después de 16 años exhibe inconformidad de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y negó unos, y dijo no constarle y que deben probarse otros; se opuso a todas las pretensiones del libelo primigenio al considerar que el traslado del actor desde el antiguo I.S.S. hacia horizonte S.A. hoy porvenir S.A., cumplió a cabalidad con la normativa que regía el traslado entre regímenes de pensiones, en el año 2005, por lo que debe ser considerado válido; que no puede el actor regresar al RPM, porque no cumple con los requisitos, dado que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Agrega que no tuvo ninguna injerencia en el traslado del RPM al RAIS. Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta del derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada, ausencia de vicios del traslado, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia o nulidad de traslado.

DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al contestar la demanda, frente a los hechos manifestó que no le constan. Trae a colación normatividad y jurisprudencia relacionada con la ineficacia del traslado, afirmando que, son dos los atributos de que debe gozar el traslado a efectos de que resulte válido, a saber: la libertad y voluntad, denominada por la Corte como "libertad informada" señalando que esta implica la comprobación de que existió, o no, una decisión documentada, precisa de las explicaciones sobre los efectos de su traslado, en todas las dimensiones legales para lo cual se precisa de una transparencia máxima en la información dada su

incidencia en los derechos pensionales; obligación que está a cargo de las AFP quienes procesalmente deben asumir la carga probatoria de demostrar la efectividad de la garantía del derecho de información de que es titular el afiliado.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 1º de julio de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS, por lo que siempre permaneció en el RPM; **ii)** probada la excepción de ausencia efectiva de la prueba del daño e inexistencia del daño planteada por PORVENIR S.A., y la de imposibilidad de condena en costas formulada por COLPENSIONES; y **(iii)** no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas. Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar y a COLPENSIONES a recibir los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, 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, con cargo a sus propios recursos; 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. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Apoyada en criterios de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, concluyó que Porvenir S.A., no aportó ningún elemento de prueba que demuestre cuál fue el contenido de la información que brindaron sus asesores al momento del traslado pensional del actor.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

- PORVENIR S.A.

Al sustentar la alzada, insiste en que ha operado la prescripción del derecho destinado a lograr la ineficacia del acto jurídico de afiliación, en cuanto el plazo para ejercer la acción, fue superado con creces en atención que desde la fecha en que se celebró la afiliación hasta la de presentación de la demanda fueron superados los términos para las acciones de carácter ordinario extraordinario previstas en la normatividad Civil.

Refiere que no hay en el plenario prueba de haber incurrido en afectación a la manifestación de voluntad del demandante; que en todo caso la misma derivó en la celebración de ese acto contrato, válido y libre de todo macula y por lo tanto debe ser considerado eficiente y efectivo en la medida en que produce todos los efectos legales.

Tilda el fallo de contradictorio, en cuanto en él se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración, lo cual no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional, por lo que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros. Que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos y que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Manifiesta que el acogimiento que hace el despacho de la jurisprudencia especializada genera una gravísima afectación al derecho de defensa, dado que con la simple afirmación del demandante en el sentido de que no se le dio la información correspondiente tiene de entrada garantizado el éxito del proceso, sin tener las pruebas aportadas por parte de la administradora. Agrega que la información que se brindó, no aparece porque no existía para ese entonces norma jurídica alguna que exigieran debía constar en documento.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo que resultan excesivas con base en el Acuerdo 10554 de 2016 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, e improcedentes, toda vez, que siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que durante el debate probatorio no se logró acreditar que hubo indebida o insuficiente información por parte del fondo privado; que, si bien el demandante no es un especialista que maneje el sistema pensional se demostró que tampoco es un afiliado lego, porque cuenta con estudios de carácter superior sin embargo, no preguntó a los asesores de Porvenir ni en Colpensiones sobre su situación pensional, lo cual es un hecho que lleva a concluir que se encontraba satisfecho con su escogencia de régimen pensional. Precisa que, pese a que los fondos privados trasladen la totalidad de la cotización, de los rendimientos financieros y gastos de administración, igual se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de forma obligatoria por los otros afiliados.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, conforme numeral 1º del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso, la demandante, las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La demandante, pretende que la sentencia proferida en primera instancia sea confirmada, y se desechen los puntos de apelación planteados por pasiva, para lo cual cuestiona cada uno de los reparos concretos formulados tanto por Colpensiones como por Porvenir S.A. En consecuencia, en gracia de brevedad nos remitimos al contenido que reposa en el expediente.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, exhorta por la confirmación del fallo atacado, en cuanto declaró la ineficacia y sus efectos, empero debe adicionarse para señalar que el fondo privado debe responder con cargo a sus propios recursos, por las diferencias que se presenten en el monto de los valores

trasladados y los que deberían existir en el RPM de no haberse producido el traslado ineficaz.

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

También se ocupará del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros y gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones e igualmente el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por ello, su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto 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.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la CSJ-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) 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 del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, tampoco ilustró sobre las características de cada régimen, ventajas y

desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones¹ que el demandante cotizó en esta entidad, del 8 de abril de 1976 hasta el 30 de septiembre de 2005, quedando así evidenciado que estuvo afiliado al RPM. Preciado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado al formulario visible a folio 52 de la demanda escaneada se extracta que el 1º de agosto de 2005 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de Horizontes pensiones y Cesantías –hoy Porvenir S.A- en el que se registró como administradora anterior al ISS.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial-* a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que se abre paso la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

En lo concerniente a la crítica que hace Porvenir frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia

¹ Fl. 61 de la demanda escaneada. Archivo 01

SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en tanto, el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, esa perspectiva encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada², la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiese existido.

² CSJ SL-1688 de 2019.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferentes activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal

m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

Importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se privó de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados³. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de

³ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

administración.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, que en estricto sentido es de lo que en concreto se duele la administradora del RAIS.

No obstante, efectuado el estudio integral de la sentencia apelada y consultada, advierte la Sala que, aunque con acierto la A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado primigeniamente en el I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, en observancia a la citada consulta que se surte a favor de esta entidad, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar; así mismo, se dispondrá que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

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 se trata de aspectos que favorecen a COLPENSIONES a favor de quien se surte la consulta; y, porque al solicitar el demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En cuanto a la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, 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 que haya 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.

De a la prescripción propuesta por Porvenir S.A.

Los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto, debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

Respecto de los medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas que prosperó en primera instancia, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad pues con ellos se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de la demandada, serán a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. 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 **segundo** de la sentencia proferida el 1º

de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **OSCAR ARMANDO CABRERA TUPAZ**, en el sentido de ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar. Además, que, *"En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A."*

SEGUNDO.- SE CONFIRMA la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



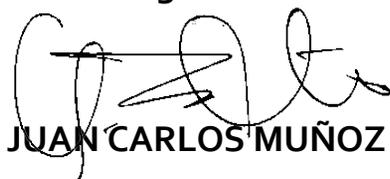
LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2021-00351-01 (280)
Juzgado de primera instancia:	Laboral del Circuito de Tumaco
Demandante:	Jhonatan Francisco Gómez Ortega
Demandada:	Nueva EPS.
Asunto:	Se confirma sentencia consultada
Acta No.	131

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 22 13 de 2022, la Sala se pronuncia sobre el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 22 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del asunto en referencia.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Jhonatan Francisco Gómez Ortega demandó a la Nueve EPS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, con vigencia entre el 15 de agosto de 2008 y el 3 de marzo de 2021, que fue despedido injusta y unilateralmente; que se condene a la convocada al juicio a pagar con indexación, salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás acreencias laborales enlistadas en el hecho segundo del escrito inaugural; así mismo, al pago de condena en costas.

2. Hechos

Afirma el actor que la Nueva EPS lo vinculó el 15 de agosto de 2008, mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como asesor comercial, con salario básico más comisiones por ingreso de afiliaciones o vinculaciones a Plan de Beneficios en Salud.

Sostiene que, el 1º de enero de 2012 la empleadora injustificadamente redujo las comisiones por afiliaciones, causándole una desmejora salarial que perduró hasta el 3 de marzo de 2021, cuando le terminó el contrato sin justa causa, sumado a esto, no le canceló la totalidad de comisiones por afiliaciones.

Expone que la empresa venía cometiendo actos de acoso laboral contra el personal de la empresa, induciendo en su caso, a la renuncia. Indica que desde abril de 2019 la entidad subió las metas tornándolas inalcanzables; y a partir

de marzo de 2020 decidió pagar comisiones solo a partir del rango de 21 afiliaciones perjudicando las comisiones.

Informa que en vigencia del contrato no se le suministró dotación; de otro lado, que el 4 de marzo constató que a Nueva EPS le consignó sus cesantías en dos fondos diferentes, sin tener en cuenta su traslado a Porvenir causándole perjuicios porque no recibe los rendimientos que pagan en este fondo privado.

3. Contestación de la demanda.

La Nueva EPS, por conducto de apoderado judicial, ejerció su derecho de defensa, a través del cual, aceptó unos hechos, pero no en los términos planteados por el accionante y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones consignadas en el escrito promotor, al considerar que, si bien existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de agosto de 2008, para que el demandante se desempeñe en el cargo de asesor comercial, la misma finalizó el día 3 de marzo de 2021, sin que pueda ser considerada arbitraria o injustificada, toda vez, que se trató de una decisión unilateral y sin justa causa por parte de la entidad adoptada en ejercicio de la facultad legal prevista en el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, sin que tuviera algún impedimento para alegarla.

Indica que, dentro de la liquidación final de prestaciones sociales se relacionaron y cancelaron la totalidad de los conceptos adeudados hasta dicho momento, sin que a la fecha existan obligaciones pendientes por reconocer al actor.

Propuso como excepciones las Inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho, la genérica.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Segundo del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 22 de abril de 2022, en la que absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas por el demandante y lo condenó en costas.

Para forjar la decisión, el juzgado precisó que se registró advenimiento de las partes respecto a la existencia del contrato de trabajo indefinido entre el 15 de agosto del 2008 y el 3 de marzo de 2021 y la terminación unilateral del mismo por parte de la entidad demandada relevándose de analizar estos aspectos. Frente al supuesto acoso laboral, indicó que el proceso ordinario laboral no es el escenario propicio para abordar tal temática, dado que cuenta con tramitación especial contemplada en el artículo 13 de la Ley 1010 de 2006.

Tras valorar el caudal probatorio encontró probado que la pasiva consignó anualmente las cesantías del actor en fondos privados; en cuanto los perjuicios reclamados por no consignarlas en un fondo privado carecen de prueba. Por déficit probatorio, desestimó la petición de perjuicios, elevada bajo la egida de haber consignado la empleadora, durante 10 años las cesantías en el FNA y no en Porvenir. Negó lo atinente a dotaciones, porque no se demostró los perjuicios causados con la omisión de la entrega. En cuanto a la pretendida indemnización por despido injusto, apoyado en criterios de la jurisprudencia especializada, concluyó que la indemnización vertida en el artículo 64 del CST contiene el lucro cesante y daño emergente. Por último, encontró impróspera la pretensión relativa a las comisiones reclamadas por los últimos tres años, esencialmente porque el actor no cumplió con la carga

de probar, periodos o fechas de causación, ni el valor de las mismas, como tampoco, que se hubieran causado efectivamente por concepto de afiliaciones.

5. Trámite de segunda instancia.

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, se dispuso correr el traslado por el término previsto en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022de, derecho del que solo hizo uso la parte demandada, para exhortar la confirmación de la sentencia consultada, al considerar que el A quo se pronunció razonablemente frente a cada una de las pretensiones.

II. CONSIDERACIONES

1. Del grado jurisdiccional de consulta

Teniendo en cuenta que la sentencia de primer grado no fue objeto de apelación, en observancia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 69 del CPTSS, por haber resultado totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta.

2. Problema jurídico.

Se circunscribe a dilucidar si la decisión de primera instancia, que dispuso absolver a la pasiva Nueva EPS de todas las pretensiones inmersas en el libelo

inaugural, se ajusta a derecho.

3. Respuesta a este cuestionamiento.

Resulta menester dejar en claro que en este asunto desde la contestación de la demanda la demandada aceptó pacíficamente la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con el demandante, los extremos temporales señalados (15 de agosto de 2008 al 3 de marzo de 2021) y que puso fin al ligamen contractual laboral unilateralmente y sin justa causa, advirtiendo que pagó la respectiva indemnización, por ende, con acierto el A quo prescindió de adentrarse en el haz probatorio para recabar sobre estos tópicos; así la Sala no hará ningún reparo sobre el particular.

En lo concerniente al tema de acoso laboral, que se inserta en el escrito inaugural y respecto del cual se deprecia la imposición de sanciones, no entrará el Colegiado en mayores consideraciones, pues es acertado lo argüido por el A quo, para relevarse de su estudio y decisión, pues en efecto, se trata de una figura jurídica que tiene regulación y trámite especial en la Ley 1010 de 2006, por tanto, no es el proceso ordinario laboral el escenario propicio para promover queja sobre el particular.

Ahora, el A quo, luego abordó el estudio de las pretensiones orientadas al pago de perjuicios derivados de la consignación de cesantías, dotaciones, indemnización por despido injusto (daño emergente y lucro cesante) y, comisiones, para finalmente, desestimar cada uno de estos pedimentos.

Por tanto, procede la Sala a confrontar si su definición se ajusta a la legalidad. Veamos:

En cuanto al pago de perjuicios derivados de la consignación de cesantías.

Procura el actor que por concepto de cesantías la demandada sea condenada a pagar la suma de \$ 3.600.000,00, no por haber omitido el pago de esta prestación, sino porque, según se desprende del hecho décimo tercero y de lo anotado en la pretensión segunda de la demanda corregida, la empleadora realizó (*sic*) aportes en dos fondos distintos, estos es, el Fondo Nacional del Ahorro y en Porvenir S.A., causándole perjuicio, en cuanto, durante los 10 últimos años como Asesor Comercial, dejó de recibir los rendimientos que ofrece el fondo privado, dado que, inconsultamente continuó girando las cesantías al FNA, ignorando que oportunamente se trasladó a aquel fondo privado.

Al respecto, este juez plural comulga con la conclusión del A quo para negar el deprecado pago de perjuicios, pues ciertamente, respecto de la cuantía que estima se le adeuda, brilla por su ausencia la debida demostración; y, por sabido se tiene que, para que proceda el pago de perjuicios, no basta alegar su causación, sino que, la parte interesada, tiene la carga de argumentar y probar, en qué consiste el daño cuya indemnización se pretende, carga procesal de la cual se divorció el demandante, quien solo se limitó a solicitar un monto por concepto de perjuicios, aduciendo que en el FNA, donde la empleadora le consignó las cesantías, no recibía los rendimientos del fondo privado, al que se había trasladado; sin embargo, no acreditó, ni siquiera el hecho del traslado, al menos para evidenciar desde cuando lo hizo y mucho menos probó de donde extrajo el valor concreto reclamado en el ítem de cesantías.

En consecuencia, se secunda la decisión del A quo, frente a este pedimento.

De las dotaciones.

Es una obligación a cargo del empleador contenida en los artículos 233 y 234 del C.S.T., quien debe suministrar al trabajador una dotación de calzado y ropa de labor, cada cuatro meses, siempre que la remuneración “sea hasta dos (2) veces el salario mínimo más alto”. Cuando el contrato finaliza sin que el empleador haya entregado las dotaciones que correspondían, el empleador no debe compensar en dinero la dotación no entregada.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 49941 del 21 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

«Debe sumarse a lo anterior, que conforme a lo dicho por esta Sala, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero de las dotaciones, en razón a que las mismas tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato; tampoco se invocó la cláusula extralegal con base en la cual se hubiera podido disponer su indemnización monetaria, para lo cual era necesario aportar elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia del incumplimiento de la obligación.»

En consecuencia, lo que procede en estos casos es la reclamación de una indemnización por los perjuicios causados ante la negativa del empleador a entregar la dotación, y esos perjuicios se causan por la necesidad del trabajador de utilizar su propio vestido para prestar sus servicios al empleador. En el sub lite, aduce el accionante que, durante los 10 años de relación laboral, la empleadora no le suministró dotaciones, fincándose en esa afirmación para requerir por el pago de \$ 150.000,00 por cada año para un total de \$ 1.500.000,00. Tal pedimento se cae por su peso, porque a voces de las disposiciones legales citadas al comienzo; y, la directriz jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, lo propio era solicitar la indemnización de

perjuicios soportado probatoriamente. En consecuencia, atinó el cognoscente al desestimar el requerimiento examinado.

De la indemnización por despido injusto.

El hecho del despido injustificado, en este caso, fue aceptado por la demandada. Luego, el tema en mención quedó por fuera del debate.

En lo que concierne al pago de la indemnización, el actor señala que, en la liquidación efectuada por la demandada, no atendió el salario más comisiones, doliéndose que su cálculo se hizo apenas con el salario básico, por lo que, a su juicio asciende a \$ 70.000.000; y, a renglón seguido, cita el artículo 64 del CST, reseñando que el concepto por daño emergente y lucro cesante por el tiempo de 22 años que le faltan para pensionarse asciende a \$ 248.000.000.00.

Memora el Colegiado que la indemnización a la que se refiere el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990 y artículo 28 de la Ley 789 de 2002, comprende el lucro cesante y el daño emergente, que se cancela por días de salarios en correspondencia a la duración del contrato y el tiempo laborado. De tal manera, que el legislador tarifó el monto de los eventuales perjuicios fincándose en el interregno servido y el sueldo devengado por el trabajador, por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin una justa causa.

Bajo la realidad descrita, advirtiendo que la discusión planteada por el promotor de la acción está dirigida a atacar el monto de la indemnización por despido injusto, corresponde, a la Sala establecer si el cálculo efectuado por la demandada, se ajusta a derecho o si por el contrario se liquidó con la irregularidad que denuncia la activa, efecto para el cual, por ser lo legalmente procedente se hará con sujeción a los lineamientos del reseñado dispositivo.

Ante las anteriores coordinadas, se parte del hecho indiscutido que, el contrato de trabajo a término indefinido, tuvo vigencia entre el 15 de agosto de 2008 y el 3 de marzo de 2021, mientras que a la fecha de finalización el actor devengada un salario básico de \$ 949.000,00,¹ presupuestos que dan lugar a que señalar que su indemnización corresponde a 30 días de salario por el primer año y 20 días adicionales de salario adicionales por cada año subsiguiente al primero.

Aquí, nos detenemos a dilucidar lo atinente al punto de las comisiones que, según el actor, la demandada, al liquidar la indemnización por despido injusto, las pretermitió, aduciendo que se limitó a hacerlo con el básico percibido. En lo que atañe a este elemento de salario, en la demanda corregida, se hizo énfasis sobre su regulación, aludiendo a inconsistencias que se presentaron en su cancelación, incluso, se alega su impago; sin embargo, examinado el expediente, se atisba orfandad probatoria del valor concreto de comisiones dejado de aplicar al salario básico al momento de practicar el cálculo de la aludida indemnización, luego entonces, resulta palmaria la imposibilidad de confrontar qué valor hipotéticamente se dejó de incluir, por ende, deviene inviable establecer a cuanto ascendía el salario promedio al momento del finiquito de la relación laboral. Dado este panorama fáctico, no queda más que acoger la base de liquidación adoptada por la demandada.

A folio 75 del archivo 09², se observa que la citada base de liquidación, se calculó con el salario base de \$949.000,00, más la suma de \$ 815.025,00, como parte variable, que se entiende corresponde al valor de las comisiones, para un IBL total de \$ 1.764.025,00.

¹ Folio 73 archivo 09

² Contestación de la demanda

No obstante, según se desprende en concreto de la liquidación de la indemnización por retiro que arrojó la suma de \$ 16.122.515,00, esta resultó de multiplicar 258,61 días, por un salario diario de 62.343.00, que corresponde una base salarial de \$ 1.870.289,00, a la postre, mayor a la base de liquidación, anunciada en el párrafo precedente y que según consta en la mentada documental, figura en el ítem "BASES" "vacaciones), de tal manera que el concepto examinado no constituye afrenta para del demandante, a favor de quien se surte la consulta.

Aunado a esto, a folio 77 del archivo 09, se avizora que la enjuiciada efectuó una reliquidación final del contrato, en virtud de lo cual resultó un pago adicional por concepto de la precitada indemnización por valor de \$ 1.088.317,00, para un total cancelado de \$ 17.210.832,00; no se pierde de vista que en esta última, la base de liquidación, fue \$ 1.996.539,00, siendo este valor mayor al de la liquidación inicial, es el procedente a tener en cuenta en esta instancia.

Resulta relevante advertir que en ningún momento el demandante negó haber recibido pago por concepto de la indemnización por despido injusto.

Se destaca que, obra también en el plenario³, comprobantes de nómina traídos a instancia de la pasiva, de los que se extrae que durante el período comprendido entre el 1º de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2021 el valor de las comisiones recibidas por el actor en promedio arroja un valor de \$679.456,00, al que, al sumarle el básico de \$ 949.000.00, daría un IBL de \$ 1.628.456,00. Este monto, no será tenido en cuenta por la Sala, comoquiera que el acogido por la accionada –como ya se vio- fue mayor (\$ 1.996.539).

³ Folios 79 a 82 archivo 09 contestación demanda

De cara a lo anterior, efectuados los cálculos aritméticos por el Tribunal, adoptando como base salarial la suma de \$ 1.996.539,00, y tiempo equivalente a 258.61 días⁴, según se constata del cuadro aritmético que se anexa, el valor legal a pagar correspondía a la suma de \$ 17.210.906; que confrontado por lo cancelado que fue \$ 17.210.832, presenta una diferencia de \$ 74,00, a favor del actor; así, dada la nimiedad de la misma, se concluye que en lo que atañe al pedimento del actor sobre este concepto, no encuentra eco en esta instancia.

De las comisiones.

Sea lo primero decir que el tema referido al pago de comisiones como parte del salario, no ha sido materia de discusión, en cuanto, a más que su pago está claramente determinado en el contrato de trabajo, la pasiva no las desconoce, es más, tal como quedó vertido en antelación, incorporándolas inclusive en la liquidación final del contrato de trabajo. En este caso, el promotor del juicio procura el pago de \$ 50.000.000,00 por comisiones, correspondientes a las afiliaciones que realizó durante los últimos tres años de trabajo.

Esta súplica no tiene vocación de prosperar porque, el interesado, no discrimina mensualmente el flujo de las comisiones a las que predica tener derecho. Y siendo que las mismas, se deslindaban de las afiliaciones que realizara conforme con las metas estipuladas en el contrato de trabajo⁵, no se ocupa en detallar el número de estas últimas, y menos acreditarlas a través de los medios probatorios.

En conclusión, se divorció de la carga probatoria que al efecto dispone el artículo 167 del CGP.

⁴ Corresponde a 4475 días, según folio 77, 44 no fueron trabajados.

⁵ Folio 14 y ss anexo a la demanda

Conforme a las consideraciones que preceden, e impone refrendar la sentencia consultada.

4. COSTAS

Sin lugar a condena en costas, en tanto, el grado jurisdiccional de consulta opera por ministerio de la ley; las de primera instancia corren a cargo de la pasiva.

III. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida 22 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral en referencia, promovido por Jhonatan Francisco Gómez Ortega contra la Nueva EPS.

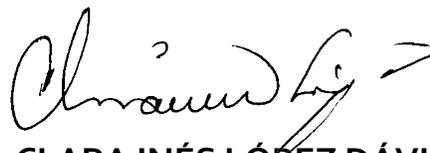
SEGUNDO. Anexar el cuadro aritmético.

TERCERO. Sin **COSTAS**, dado que el asunto se asume en virtud del grado jurisdiccional de consulta; las de primera instancia corren a cargo de la convocada.

CUARTOO. **NOTIFICAR** esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO - SALA LAI
MAGISTRADO: LUIS EDUARDO ANGEL ALF

PROCESO:

DEMANDANTE: JHONATHAN FRANCISCO GÓMEZ ORTEGA

DEMANDADO: NUEVA EPS

Según folio 77 - Archivo 09 CONTESTACIÓN Y ANEXOS:

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO			
SALARIO BASE MES	Fecha inicial	Fecha final	Dias
30 DIAS POR EL PRIMER AÑO	15/08/2008	14/08/2009	30,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2009	14/08/2010	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2010	14/08/2011	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2011	14/08/2012	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2012	14/08/2013	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2013	14/08/2014	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2014	14/08/2015	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2015	14/08/2016	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2016	14/08/2017	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2017	14/08/2018	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2018	14/08/2019	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2019	14/08/2020	20,00
20 DIAS POR PERIODOS SUBSIGUIENTES	15/08/2020	3/03/2021	8,61
TOTAL INDEMNIZACION			

**BORAL
ARO**

SALARIO BASE MES

\$	1.996.539,00
\$	1.996.539
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	1.331.026
\$	573.081
\$	17.210.906

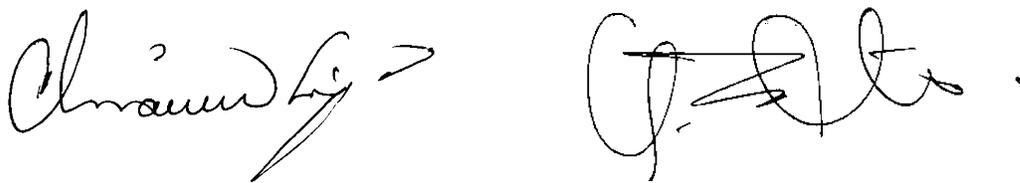
Corresponde a 4475 días, indemnización sobre 258,61 días; según folio 77: días no tr:

\$	16.122.515	Pago s/folio 75
\$	1.088.317	Pago s/folio 77
\$	17.210.832	Total pagado por la Nueva EPS
\$	74	Diferencia por pagar

abajados 44



Luis¹



Almudena → G. Ato.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2020-00305-01 (281)
Demandantes:	-María Rosario de La Cruz -Alex Yair Mena de la Cruz -Gilberto Heraldo Mena -Menores: Matías Alexander Mena, Valery Mariana Mena y Samuel Smith Mena.
Demandados:	-Caja de Compensación Familiar de Nariño. -Seguridad del Sur Ltda.
Llamados en garantía	-Seguros del Estado S.A. -Axa Colpatria S.A.
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Asunto:	Se confirma sentencia apelada.
Acta No.:	128

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia dictada el siete (7) de junio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N).

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

Procura el extremo activo de la Litis que se declare que entre las empresas Seguridad del Sur Limitada y la Caja de Compensación Familiar de Nariño – Comfamiliar-, existió un contrato de prestación de servicios de Seguridad armada en las instalaciones del parque Chapalito; y, que desde el 1º de enero de 2012 hasta la actualidad, entre la empresa de seguridad y Alex Yair Mena de La Cruz, coexiste un contrato de trabajo; así mismo, que en su condición de vigilante, el día 12 de marzo de 2012 (*sic*) sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones del citado parque, imputable a la falta de medidas de prevención e incumplimiento de las normas de salud ocupacional del empleador.

Que, en consecuencia, se condene solidariamente a Seguridad del Sur Limitada y la Caja de Compensación Familiar de Nariño –Comfamiliar- al reconocimiento, liquidación y pago a favor de cada uno de los demandantes, perjuicios morales, daño a la vida en relación, perjuicios materiales (lucro cesante consolidado – lucro cesante futuro los derechos e indemnizaciones laborales que resulten probados en el proceso y las costas procesales.

Hechos

La Sociedad Seguridad del Sur Ltda., mediante contrato de trabajo suscrito el 1º de enero de 2012, vinculó a Alex Yair Mena De La Cruz, como guarda de seguridad con o sin utilización de armas de fuego, que entre esta empleadora y la Caja de Compensación de Nariño, se suscribió en un contrato de prestación de servicios, para seguridad y vigilancia de las instalaciones del parque Chapalito de propiedad esta última.

En fecha anterior al accidente que dejó incapacitado al actor, la Superintendencia de Vigilancia acudió a las instalaciones del parque Chapalito, conceptuando que por lo grande del lugar se requería como mínimo de 3 vigilantes, dotados de armamento, municiones suficientes y radio de comunicación; que, el 9 de abril de 2012, previo al accidente de trabajo, el señor Mena de la Cruz y dos guardas más, habían solicitado se los dotara de municiones.

El día 16 de abril de 2012, estando Mena de la Cruz, en ejercicio de sus funciones, al intentar repeler a unos bandidos que ingresaron a las instalaciones del parque, hizo un disparo con el único proyectil que tenía su

arma de dotación, pero que estos señores, quienes estaban armados lo persiguieron seguramente con el ánimo de asesinarlo, por lo se procedió a huir sufriendo el accidente que lesionó gravemente su rodilla, que por fortuna aquellos huyeron.

La Junta Nacional de Calificación le dictaminó una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 11.55% de carácter permanente parcial, indicando que se trató de un accidente de trabajo, señalando como fecha de estructuración el 16 de abril 2012.

Que pese a gozar de protección laboral especial, el 22 de febrero del año 2018, la empresa Seguridad del Sur Ltda., unilateralmente terminó el contrato de trabajo.

Contestación de la demanda

Trabada en debida forma la Litis, las convocadas contestaron la demanda así:

Seguridad del Sur Ltda.

Al contestar la demanda, aceptó y negó unos hechos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones al considerar que solo ha tenido vínculo con el señor Alex Yair Mena, que a los demás demandantes no los conoce y no ha tenido con ellos ninguna relación, por tanto, no tiene ningún tipo de responsabilidad frente a ellos. Que al pretender el resarcimiento de perjuicios, debe demostrarse que se causó un daño, que de hecho no ocurrió, dado que fue un accidente laboral debidamente atendido y seguido por el Copasst y ARL, que la ganancia o provecho que ha dejado de reportarse, es inexistente porque el demandante no ha perdido su capacidad laboral, al punto que le impida desempeñar otro tipo de labores o inclusive la misma. Formuló las excepciones de buena fe del demandado, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

Caja de compensación familiar de Nariño - Comfamiliar de Nariño

En ejercicio del derecho de defensa, frente a los hechos, aceptó el tercero, negó el cuarto y dijo no constarle todos los demás. Se opuso a la prosperidad

de las pretensiones, al considerar que la demanda claramente se refiere a la responsabilidad que presuntamente tiene SEGURIDAD DEL SUR, frente a uno de sus trabajadores, incluso ni siquiera se reputa algún tipo de contratación laboral pasada o presente con Comfamiliar de Nariño, por lo que, al no haber existido relación laboral no está llamada a responder solidariamente por ninguno de los actos del contratista con sus trabajadores. Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad de Comfamiliar de Nariño con Seguridad del Sur como contratista, prescripción y la innominada.

De manera concomitante, llamo en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A. y a Seguros del Estado S.A.

Aceptado el llamamiento en garantía frente a las citadas entidades, previa notificación, dieron respuesta en los siguientes términos:

Axa Colpatria

Arguye que no le constan los hechos de la demanda. Que no hay pretensiones en su contra por lo que no puede existir declaración en su contra. Precisa que, la póliza que Seguridad del Sur Ltda., tiene tomada con Axa Colpatria, no ampara las exigencias que se persiguen en la demanda, siendo improcedente cualquier condena en su contra. Propuso como excepciones las de carencia de prueba del supuesto perjuicio, culpa exclusiva de la víctima, tasación excesiva del perjuicio y de su cuantía, culpa exclusiva de un tercero.

Frente al llamamiento en garantía, acepta la existencia de un contrato entre Seguridad Del Sur y Axa Colpatria, indicando que no tiene por objeto amparar los perjuicios derivados del contrato de trabajo. Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación por activa, límite de la eventual obligación a cargo de mi representada y a favor de los accionantes por cuenta de la póliza de seguro de responsabilidad civil, no cobertura del perjuicio moral, fisiológico, daño a la vida de relación y lucro cesante por cuenta de la póliza seguro, obligación de AXA Colpatria solamente en exceso de seguridad social y cualquier otro seguro individual o colectivo, exclusión de accidente de trabajo pactada en el contrato de seguro, ausencia de prueba de culpa de la demandada Seguridad del Sur, inexistencia de relación de causalidad entre el daño o perjuicio alegado por la parte demandante y la actuación

de los demandados, pérdida del derecho a la indemnización, reducción de indemnización, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales que se adjunta, de la póliza de responsabilidad civil extracontractual invocada como fundamento de la citación.

Seguros del Estado S. A

Adujo en su defensa que no le constan los hechos de la demanda ni del llamamiento en garantía y respecto de estas, se opuso a todas las pretensiones y, propuso frente a la demanda las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de Comfamiliar de Nariño y de Seguridad del Sur por no encontrarse probada la culpa patronal, inexistencia de la obligación por ausencia de nexo de causalidad, eximente de responsabilidad y manifestó que coadyuva las formuladas por Comfanariño. En lo que atañe al llamamiento en garantía propuso como excepciones las de imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular No. 41-45-101019601 al no cubrir dichas contingencias, ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento No. 41-45-101019601 frente a perjuicios derivados de lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales, prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguros, límite de responsabilidad.

Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia, mediante sentencia dictada el 7 de junio de 2022, en la que declaró probadas las excepciones de falta de causa para demandar propuesta por Seguridad del Sur Ltda., y falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por Comfamiliar de Nariño, en consecuencia, las absolvió de todas las pretensiones, decisión que hizo extensiva a las llamadas en garantía Axa Colpatria S.A. y Seguros del Estado S.A. Condenó en costas a la parte demandante.

En fundamento de su decisión, dejó en claro que no es objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre el señor Alex Yair Mena de la Cruz y Seguridad del Sur, por ser un hecho no solo aceptado por esta convocada, sino porque en proceso anterior, tramitado entre estas mismas partes en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (Rad. 2020-00303), se decidió judicialmente la existencia de la relación laboral, fijando el extremo final en

diciembre 31 de 2018. En cuanto a las pretensiones derivadas del accidente laboral, preciso que pese a que la parte demandante no hizo alusión al artículo 216 del CST, interpretando la demanda entiende que lo pretendido es la declaración de la culpa patronal vertida en esta normativa. Con esta aclaración, luego de disertar sobre el alcance de este dispositivo, los criterios que sobre el mismo ha decantado la jurisprudencia especializada, al abordar al caso concreto, reprodujo en forma sucinta los hechos y pretensiones de la demanda y previa valoración integral de los medios de prueba acopiados al proceso, estableció la ocurrencia del accidente el 16 de abril de 2012; así mismo, dio por demostrado que el conocimiento del mismo, fue asumido por Colpatria ARL y que la JNCI lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 11.55%; y, en cuanto a la culpa patronal, destacó déficit probatorio para poder establecer que el accidente de trabajo, que consistió en la caída que sufrió el actor, se ajusta a los postulados del artículo 216 del CST.

Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Corrido el traslado de rigor, conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, dentro del término legal, solo hizo uso de este derecho la llamada en garantía AXA Colpatria Seguros S.A., intervención en la que manifiesta que se encuentra totalmente de acuerdo con la decisión de primera instancia, en cuanto el demandante ALEX YAIR MENA DE LA CRUZ no logró demostrar tener un hecho o acto generador de obligaciones a cargo del empleador SEGURIDAD DEL SUR, ni de la beneficiaria del servicio COMFAMILIAR DE NARIÑO, mucho menos, de las llamadas en garantía. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

En atención que la decisión adoptada en primera instancia no fue objeto de apelación, en observancia a lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, por ser la sentencia adversa al demandante, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta

Problema jurídico

¿La decisión de primer grado de absolver a la pasiva de todas las pretensiones se encuentra ajustada a derecho?

Respuesta a este cuestionamiento

La respuesta es positiva. Veamos:

Para la Sala, examinada la providencia objeto de consulta, clara y palmariamente se evidencia que la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento se encuentra ajustada a derecho, habida cuenta, que es fiel reflejo de la realidad procesal y de los medios de prueba allegados legal y oportunamente al proceso. En primer lugar, con acierto, dejó en claro que no emergió controversia frente a la existencia del deprecado contrato de trabajo, en cuanto en realidad fue un hecho que además de ser aceptado pacíficamente por la pasiva Seguridad del Sur Ltda., resaltó la cognoscente haber constatado que en sentencia del 2 de marzo de 2022, dictada en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso 2020-00303, se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el Alex Yair Mena de la Cruz y la citada entidad, estableciendo como extremo final el 31 de diciembre de 2018.

Precisado lo anterior, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, que prevé que el juez puede formar libremente su convencimiento; entendiéndolo con ello, la viabilidad de fijarle a las pruebas el mérito que estime pertinente, se aborda el estudio de las que militan en el proceso, para verificar lo atinente a la ocurrencia al accidente sufrido por el señor Alex Yair Mena de la Cruz y lo concerniente a la culpa patronal regulada en el artículo 216 del CST.

Del accidente laboral.

El accidente sufrido por el señor Alex Yair Mena de la Cruz, se encuentra acreditado con el dictamen de origen y pérdida de capacidad laboral, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez¹, en el que por demás, se determinó una PCL en porcentaje del 11.55% derivada de un accidente de origen laboral, con fecha de estructuración el 16 de abril de 2012; además con el informe de accidente de trabajo diligencia por la Aseguradora Axa

¹ Ver folios 19 a 25 anexos a la demanda.

Colpatria², probanzas que, al no haber sido tachadas oportunamente, gozan da pleno valor probatorio.

Siguiendo con los lineamientos de la reseñada pauta legal, pasa la Sala a verificar si, en lo que respecta a la culpa patronal, fue definida en legal forma por la falladora de primera instancia.

Para ese efecto, teniendo en cuenta que el tema medular a desarrollar está relacionado con la indemnización vertida en el artículo 216 del CST, conviene hacer las siguientes puntualizaciones:

De la culpa de empleador en accidente laboral.

El artículo 216 del CST, establece:

*"Cuando exista **culpa suficiente comprobada del empleador** en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, **está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios**, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.³".*

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4665- 2018, radicado 67090⁴ del 3 de octubre de 2018 señaló:

*"Para que proceda una condena por indemnización plena de perjuicios con base en la culpa patronal, esta Sala ha considerado que el demandante no solo está llamado a demostrar que hubo culpa del empleador en el insuceso. Como quiera que se imputa una responsabilidad subjetiva de naturaleza contractual, **resulta menester demostrar la culpa del empleador, el daño o perjuicio ocasionado y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo**⁵".*

Y en pronunciamiento SL 5300-2021 del 20 de octubre de 2021, con radicado 70072⁶; la alta Corporación, precisó:

*"En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. **Para establecer la culpa, se evaluará***

² Archivo 22- Informe- ARL FI. 8

³ CST; Artículo 126.

⁴ M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

⁵ Corte Suprema de Justicia; sentencia SL4665-2018.

⁶ M.P. Omar Ángel Mejía Amador

la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.

.....

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.”

(“...”)

1.2 En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020⁷.

En esa línea de pensamiento, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral⁸, precisó:

“Lo primero que debe recordarse, es que para que haya lugar al resarcimiento de perjuicios que prevé el artículo 216 del CST, **es necesario que esté suficientemente acreditado la ocurrencia de una culpa patronal,** lo que implica que al trabajador le corresponde demostrar que su empleador faltó a «aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios», y a este contraprobar «que tuvo la diligencia y cuidados requeridos, para que quede exento de responsabilidad». (CSJ SL 17026-2016)

Sin embargo, en casos como el presente, en los que se imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, ha dicho la Corte que corresponde a este «... demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, **mediante la aportación de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas**

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5300-2021

⁸ SL 11147 del 18 de julio de 2017, radicado 48424. M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado; ratificando

pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores», lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba, ante la existencia de una negación indefinida, en los términos del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, se itera, aplicable al proceso ordinario laboral por la remisión del artículo 145 del C.P.T.S.⁹.

A partir de estas pautas legales y jurisprudenciales, aborda el Tribunal el estudio de los medios de prueba acopiados al proceso, con el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido respecto del accidente laboral y si son idóneas para establecer la precitada culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del mismo; para ello, se memora que, con la demanda, con ocasión de tal infortunio, se deprecia indemnización de perjuicios con fundamento en la falta de prevención e incumplimiento de normas de salud ocupacional, vale decir, que se edificó, en la omisión del deber de protección y cuidado de la salud, en concreto, por no haber dotado al trabajador – vigilante de suficientes municiones para el arma de dotación.

De cara a lo anterior, tras confrontar el haz probatorio la Colegiatura encuentra lo siguiente:

Informe de accidente de trabajo del empleador o contratante de Axa Colpatria:

Diligenciado el 17 de abril de 2012, en el acápite de descripción del accidente se detalla "*Dos individuos tratan de hurtar las vallas al correr para evitar el hurto me resbalé y golpeé la rodilla izquierda*" Más adelante, en el apartado: "Hubo personas que presenciaron el accidente, se consigna "NO"¹⁰

Concepto especializado de medicina laboral emitido por Axa Colpatria:

Con fecha 26 de diciembre del 2012, el concepto señala "*hay tratamientos pendientes y no ha terminado plan de manejo de su patología aguda o crónica*" en la ampliación del concepto se indica: "*Paciente con diagnóstico de trauma de rodilla derecha, con buena evolución según traumatología, se recomienda laboral en un puesto diferente, con pausas y deambular en piso plano (...)*"¹¹

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL11147-2017

¹⁰ Archivo 22- Informe- ARL Fl. 8

¹¹ Archivo No 2 Fl. 37- Demanda- Concepto Especializado.

Informe de novedades de la empresa Seguridad del Sur Ltda., de fecha 16 de abril de 2012:

Se evidencia de esta documental que el día 16 de abril de 2012, se registró que a las 6:45 a.m. el guarda Henry Jojoa hizo entrega de elementos a Alex Yair Mena de la Cruz, dejando la siguiente constancia: "*hago entrega de juegos mecánicos, camerinos, baños, parqueadero con 32 vallas (...), además de 01 escopeta calibre 16 N°1621810, **02 cartuchos**, salvoconducto, estuche, 3 cargadores 01 radio Motorola GP 800, 02 baterías (...)*"¹²

Así mismo, se evidencia que el mismo 16 de abril de 2012 a las 18:10 el señor Alex Yair Mena hace entrega del turno al guarda John Jairo Ordoñez, en la minuta del vigilante, haciendo las siguientes anotaciones: "*...y miro a **2 individuos** hurtando a las vallas que pertenecen a Comfamiliar. Entonces mi persona procedí a quemar un cartucho **y que ellos sacaron cuchillos y me trataron de agredir, los individuos reaccionan y me tiran piedras**, entonces quemo otro cartucho porque en el barrio cristales es peligroso, luego llega mi compañero Ocaña y personal de Comfamiliar, **quedando todo en orden y sin novedad***"¹³

Se cuenta dentro del caudal probatorio, además, con el testimonio del señor **Edward Leonel Rosero**, dice conocer a Alex Yair Mena De La Cruz porque fueron compañeros de equipos de fútbol, que sabe que trabajaba para Seguridad del Sur Ltda., porque lo veía portando uniforme de dicha empresa, afirma que el accidente efectivamente ocurrió en las instalaciones del parque Chapalito, pero que no tiene conocimiento de cómo ocurrió; sostiene que después del insuceso el señor Mena De La Cruz sufrió afectaciones psicológicas, que ya no puede practicar fútbol, y no volvió a trabajar por la afectación que tiene de la pierna.

Del análisis crítico y objetivo de las anteriores probanzas, no se vislumbra que en el accidente de trabajo en el que estuvo inmerso el señor Alex Yair Mena de la Cruz, hubo culpa suficientemente comprobada de la empresa empleadora Seguridad del Sur Ltda., comoquiera que, que la empleadora,

¹² Archivo No 29 Fl. 35- Documentos Seguridad Del Sur Ltda.

¹³ Archivo No 29 Fl. 36- Documentos Seguridad Del Sur Ltda.

contrario a lo argüido por el actor, le suministró los elementos de trabajo para desarrollar sum labor de vigilante, tal cual, lo revelan las pruebas documentales detalladas en precedencia, en algunas de las cuales participó aquél, sin registrar ninguna novedad ulterior. En efecto, las probanzas otorgan fe que la empresa de vigilancia le proporcionó municiones y arma de fuego para el ejercicio de su actividad; no hay asomo de haber dejado a la deriva al empleado.

Es más, el actor contó con apoyo de otro compañero derruyéndosela alegada falta de medidas de prevención; y tampoco es cierta su alegación de haberle proporcionado un solo proyectil, pues la minuta de entrega de turno no lo ratifica

En tratándose del tema de la munición, llama la atención que en el hecho sexto de la demanda, que titula como "laborales", al manifestarse:

*"6. El 16 de abril de 2012, fecha del accidente que lo incapacitó permanentemente, el señor Mena recibió turno de parte del guarda Henry Jojoa, a las 7 de la mañana, turno que se extendía hasta las 7 de la noche. **Fue provisto de una escopeta con un solo cartucho.***

Esta afirmación contrasta con la prueba que reposa en el folio 35 del Archivo No. 29 correspondiente al informe de novedades de la empresa Seguridad del Sur Ltda., antes relacionado, puesto que, en este, claramente se anota que cuando recibió el turno le fueron entregados dos (2) cartuchos.

Al margen de la anunciada entre lo dicho en la demanda y lo probado en el proceso, se suma lo que en el mismo texto del hecho sexto, expone (...) *Por la parte de atrás ingresan **3 bandidos** quienes tenían un vehículo y portaban **armas de fuego.** (...) intentó repele a los bandidos e hizo un disparo **con el único tiro que poseía la escopeta de dotación.** (...)"*.

Pero, en la minuta de vigilante que obra a folio 36 del archivo 29, al hacer entrega del cargo y anotar las novedades, da cuenta del hecho ocurrido y sostiene **que quemó dos (2) cartuchos**, y finaliza describiendo que entrega todos los elementos en orden y sin novedad especial, es decir, que hasta ese momento, no le confirió mayor relevancia a lo acontecido; cuestión atendible

para el Colegiado, pues, en ultimas, repeler la delincuencia es por antonomasia el ejercicio rutinario de quien ejerce como vigilante.

Otro detalle trascendente que languidece los hechos de la demanda, lo traduce que allí se indicara que los delincuentes portaban armas de fuego, las que afirma el accionante utilizaron para asesinarlo, sin embargo, en la minuta de entrega de turno se consigna que aquellos portaban cuchillos, resaltando que una vez hizo disparo los facinerosos reaccionaron lanzándole piedras. Se trata narraciones contrapuestas, que engendran indicios de mentiras en los relatos de los que se vale la parte demandante en su afán por sacar adelante sus reclamos, achacándole culpa patronal en el insuceso a su empleadora de entonces.

Se suma a lo cogitado, que después de ocurrido el accidente, el actor, lejos de poner en conocimiento de inmediato al empleador, esperó hasta la hora de entregar el turno, y aunque hizo la anotación de lo ocurrido, registró que entregaba en orden y sin novedad especial y tan solo hasta el 17 de abril de 2012, se tramitó el informe de accidente tal como consta a folio 8 del archivo 22.

Lo cierto es, que respecto a los pormenores que rodearon el accidente, no se cuenta prueba corroborante, en punto de respaldar las aseveraciones del actor, puesto que no hubo testigo presencial de los hechos.

Finalmente, si bien es cierto, como parte de la gestión de la seguridad y la salud en la organización, el empleador debe identificar los peligros y controlar los riesgos en el lugar de trabajo y para ello es menester que determine qué puede causar daños a los trabajadores, en este caso particular no emergen elementos para inferir que en la caída del actor interfirió la conducta el empleador.

En suma, el examen integral del plexo probatorio, pone sobre el tapiz la ausencia del nexo de causalidad entre el accidente de trabajo sufrido por el señor Alex Yair Mena De La Cruz y conducta eventualmente culposa de la empleadora seguridad del Sur Ltda.; de la propia versión entregada por el promotor de la acción judicial en los hechos de la demanda y en los hechos que reportan en la historia clínica se descarta el referido nexo, en la medida que la caída que sufrió, según se desprende de sus relatos encontrados,

acaeció cuando corría por huir de las personas que dice lo intentaron asesinar, al haberles frustrado hurtar unas vallas que pertenecían al parque recreacional, elementos que estaban a su cargo. Luego se trató de un evento casual e impredecible y ante todo, ajeno a elementos de protección, que en efecto, poseía el trabajador.

Bajo el anterior panorama factico y probatorio, se concreta que, las lesiones que ocasionó la caída del actor y de contera la pérdida de capacidad laboral tazadas en su momento en 16,55% por la JRCl y 11, 55% de la JNCI resultan ajenas a la conducta culposa que aquel persiguió atribuir a su ex empleador, lo que implica que no se satisfacen las exigencias del artículo 216 de la obra sustantiva laboral para fulminar con condena al pago de perjuicios requeridos infundadamente por los promotores del juicio.

En armonía con las anteriores consideraciones, se impone refrendar la sentencia consultada.

IV COSTAS

Sin lugar a costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida el siete (7) de junio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso ordinario laboral promovido por Alex Yair Mena de la Cruz, María Rosario de La Cruz, Gilberto Heraldo Mena, Menores: Matías Alexander Mena, Valery Mariana Mena y Samuel Smith Mena contra la Caja de Compensación Familiar de Nariño, Seguridad del Sur Ltda., y las llamadas en garantía Seguros del Estado S.A. y Axa Colpatria S.A.

SEGUNDO. - **NOTIFÍQUESE** esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

TERCERO: En firme este pronunciamiento, devuélvase el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2016-00096- 02 (071)

En San Juan de Pasto, a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **FANNY CATHERINE JARAMILLO ROSAS**, **FRANCISCO JAVIER JARAMILLO**, **FANNY ZOCIMA ROSAS PORTILLA** y **JOHANA KARINA JARAILLO**, contra la **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR** y la **IPS GESTIONARBIENESTAR TUQUERRES HOSPITAL**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

FANNY CATHERINE JARAMILLO ROSAS, **FRANCISCO JAVIER JARAMILLO**, **FANNY ZOCIMA ROSAS PORTILLA** y **JOHANA KARINA JARAILLO**, a través de apoderada judicial, instauraron demanda ordinaria Laboral en contra de la **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR** y la **IPS GESTIONARBIENESTAR TUQUERRES HOSPITAL**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre **FANNY CATHERINE JARAMILO ROSAS** y las demandadas existió un contrato de trabajo a término fijo para desempeñarse como médico en servicio social obligatorio a partir del 22 de noviembre de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2013, vínculo que terminó por voluntad unilateral y sin justa causa del empleador el 1º de noviembre de 2013, momento para el que contaba con estabilidad laboral reforzada. Declarar que el accidente sufrido por **FANNY CATHERINE JARAMILLO ROSAS**, el 24 de diciembre de 2012, ocurrió por culpa de su empleador **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR**,

propietaria de la IPS GESTIONARBIENESTAR TUQUERRES HOSPITAL. Consecuencialmente, declarar que su empleador es civilmente responsable de los perjuicios materiales e inmateriales infringidos a la trabajadora y a su familia, adeudándole la suma de \$1.471.511 por daño emergente; \$17.72.624 por lucro cesante consolidado y \$65.407.577 por lucro cesante futuro, perjuicios morales, acreencias laborales e indemnizaciones y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor, junto con las costas del proceso.

Fundamentaron sus pretensiones en que entre la Cooperativa Multiactiva de Servicios Integrales Gestionarbiestar y la demandada Fanny Katherine Jaramillo Rosas, el 22 de noviembre de 2012, se celebró un contrato de trabajo a término fijo que finalizó el 1º de noviembre de 2013. Que la trabajadora fue vinculada como Médico en Servicios Social Obligatorio. Que desarrolló sus actividades laborales en las instalaciones de la IPS GESTIONAR TUQUERRES HOSPITAL, cumpliendo el horario que le impuso su empleador. Que desempeñó las actividades descritas en el hecho 8º y devengó como salario mensual promedio la suma de \$2.300.000. Que el 24 de diciembre de 2012 sufrió un accidente de trabajo que le generó incapacidades que se extendieron desde el 24 de diciembre de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2013. Que el 1º de noviembre de 2013, la trabajadora se hizo presente en su lugar de trabajo; sin embargo, no se le permitió su ingreso. Que el 22 de noviembre de 2013 la IPS GESTIONARBIENESTAR TUQUERRES, le negó la reubicación del cargo, argumentando que la cooperativa se vió en la necesidad de vincular a otro médico en servicios social obligatorio y que el contrato de trabajo había finalizado el 21 de noviembre de 2013, como consecuencia del vencimiento del término pactado; no obstante, el mismo ya se había renovado. Que en vigencia de la relación laboral no le liquidaron sus acreencias laborales.

En cuanto al accidente de trabajo, mencionó que el 24 de diciembre de 2012, por órdenes directas del empleador venía prestando servicio de salud a la paciente María Socorro Cupacán, quien fue remitida desde Túquerres hasta el Hospital Departamental de Nariño ESE en la ciudad de Pasto. Que en aquella fecha la IPS GESTIONARBIENESTAR DE TUQUERRES, contaba solo con dos ambulancias para prestar los servicios médicos, sin embargo, una de ellas estaba atendiendo una emergencia en Ipiales y la otra se encontraba dañada, por lo tanto, para atender la remisión la IPS solicitó al centro de salud San Miguel de Arcángel de Ospina una ambulancia. Que siendo aproximadamente las 3:46 p.m. en el sector del Tambor del Municipio de Tangua, la ambulancia según informe policial en un acto de imprudencia del conductor al invadir el carril contrario en una curva, colisionó con otro vehículo, causando la muerte del paciente y el familiar que los acompañaba, así como lesiones en varios heridos entre ellos la trabajadora. Que el 19 de septiembre de 2016, a través de derecho de petición solicitó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la calificación de determinación del origen, estructuración y porcentaje.

Agregó que tras la ocurrencia del accidente los padres de la demandante se vieron en la necesidad de contratar una empleada doméstica que le brinde apoyo y colaboración, y su madre la Sra. Fanny Zócima Rosas, se hizo cargo del sostenimiento de la familia, viéndose afectada la economía de la familia, además de su estado emocional, generando daños de tipo material, moral y daño en la vida relación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Civil del Circuito de Túquerres mediante auto calendarado del 9 de junio de 2017 admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fl.509).

Trabada la Litis, la **CTA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR**, a través de apoderada judicial dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, pues indicó que la vinculación con la demandante se rigió por un contrato a término fijo de médico en servicio social obligatorio. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “PAGO”, “BUENA FE” y la “GENERICA” (Fls. 522-550).

Con relación al accidente de trabajo, adujo que el mismo no ocurrió por culpa del empleador, pues afirma que no proporcionó el transporte en ambulancia, por el contrario, asegura que quien lo suministró fue el Instituto Departamental de Salud de Nariño, advirtiendo que dicha ambulancia es de propiedad del Centro de Salud San Miguel Arcángel de Ospina E.S.E. En su defensa propuso como excepciones previas las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, “INEPTA DEMANDA POR ACUMULACION DE PRETENSIONES”, “HABERSELE DADO A LA DEMANDA UN TRAMITE DIFERENTE AL QUE LE CORRESPONDE” y “NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITICONSORTES NECESARIOS”. Como excepciones de fondo propuso las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “PAGO”, “BUENA FE”, CULPA EXCLUSIVA DE LA DEMANDANTE” y la “GENERICA” (fls. 620-645).

Así mismo, llamó en garantía a la ARL COLMENA, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA”, “MUNICIPIO DE OSPINA”, CENTRO DE SALUD SAN MIGUEL ARCANGEL DE OSPINA, “DEPARTAMENTO DE NARIÑO” e INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD (fls. 566-567, 585-586, 610-612), llamamientos que fueron admitidos por el juzgado de conocimiento mediante auto calendarado 18 de enero de 2018 (fl. 738), entidades que dieron contestación de la demanda como se lee a folios 787 y ss, 793 y ss, 843 y ss, 866 y ss, 899 y ss, 989 y ss.

El Juzgado de primer grado el **13 de diciembre de 2018**, 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 como fracasada la etapa de conciliación al no existir animo conciliatorio en la parte demandada y las llamadas en garantía. En la etapa de decisión de excepciones previas declaró no probadas las propuestas por la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR (fls. 1291-1294), decisión que fue confirmada por esta Corporación.

El 24 de septiembre de 2019, el juzgado de primera instancia, continuó con la audiencia de que trata el artículo 77 de CPT y de la SS, etapa en la que fijó el litigio, decretó las pruebas y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento.

El Juzgado Civil del Circuito de Túquerres el 3 y 4 de febrero de 2022, llevó a cabo la audiencia antes referida y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió desde el 22 de noviembre de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2013. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada y declaró no probada la excepción de cobro de lo no debido, pago y buena fe. Condenó a la entidad demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR, a pagarle a la demandante las cesantías, intereses a las cesantías compensación de vacaciones, prima de servicio e indemnización moratoria. No condenó en costas y negó las demás pretensiones de la demanda (fls. 1588 y ss).

La Juez A Quo, declaró la existencia de un contrato de trabajo en los extremos antes referidos y condenó a la demandada a reconocerle las acreencias laborales respectivas, así como la indemnización moratoria. En cuanto a la indemnización por perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., expuso que si bien se encontraba probado el hecho dañoso, no se acreditó la responsabilidad del empleador en el accidente, puesto que el mismo lo fue por la imprudencia del conductor de la ambulancia de propiedad del centro de salud de San Miguel de Ospina.

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

En síntesis, la apoderada de la actora sostiene que en el caso a la parte actora la incumbía probar la culpa de conformidad con el artículo 216 de C.S.T., así como la ocurrencia del daño, el nexo causal entre el comportamiento culposo y el perjuicio denotado con ello; sin embargo, advierte que debe tenerse en cuenta las subreglas que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SI 3708 de 2017, esto es, cuando se encuentra en el empleador una actitud omisiva como causante del accidente. Bajo ese criterio, sostiene, que la Juez A Quo, debió analizar si el empleador logró desvirtuar la negligencia y la culpa que se le imputó ya que se acreditó que i) el accidente ocurrió en cumplimiento de una orden impartida por su empleador quien le indicó abordar la ambulancia; ii) que la IPS GESTIONARBIENESTAR no demostró que verificó que el conductor de la ambulancia era idóneo para manejar ese tipo de vehículos y iii) que la demandada fue quien modificó la ruta asignada a la ambulancia en principio, enviando al conductor con una paciente que no tenía una urgencia vital, razones por las cuales concluye que el empleador no veló por la seguridad de la trabajadora y la expuso negligentemente a factores de riesgo que terminaron en un accidente fatal, por ello, solicita se modifique la decisión de la primera instancia y se acceda a la indemnización por daños y perjuicios.

PARTE DEMANDADA -COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR

El apoderado de la demandada cuestionó la imposición de la sanción moratoria, ya que sostiene que su representada no actuó de mala fe, advirtiendo en todo caso que debe tenerse en cuenta la situación

financiera de aquel entonces de la convocada a juicio. Finalmente, advirtió que de confirmarse la procedencia de esta indemnización, la misma debe ser modificada de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., pues la demanda se presentó con posterioridad a los 24 meses, luego entonces, solo proceden los intereses moratorios.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Los apoderados de los recurrentes reiteraron los argumentos expuestos en los recursos de apelación, mientras que COLMENA SEGUROS, solicitó se confirme la decisión de la 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 los recursos de apelación formulados le corresponde a esta Sala de Decisión definir si i) en el caso existió culpa patronal por parte de la demandada COOPERATIVA MULTIACTIVA DE SERVICIOS INTEGRALES GESTIONARBIENESTAR, en caso afirmativo estudiar la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 216 del CST y ii) establecer si resulta procedente la condena por indemnización moratoria, de ser afirmativa la respuesta revisar si esta se encuentra liquidada conforme lo establece el artículo 65 del CST.

SOLUCIÓN A PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Parte la Sala por señalar, que en esta instancia no es objeto de controversia que entre la demandante Fanny Catherine Jaramillo Rosas y la Cooperativa Multiactiva de Servicios Integrales Gestionarbienestar, existió un contrato de trabajo que se ejecutó desde el 22 de Noviembre de 2012 hasta el 21 de Noviembre de 2013, por virtud del cual la actora se desempeñó como médico en servicio social obligatorio; la ocurrencia del accidente de trabajo el 24 de diciembre de 2012, cuando se encontraba trasladando a la ciudad de Pasto a una paciente en ambulancia (fl. 69 y ss), y que el accidente de origen laboral le generó una pérdida de capacidad laboral del 2.89% con fecha de estructuración del 19 de septiembre de 2013, según dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 27 de febrero de 2020 (fls. 1558 y ss).

CULPA PATRONAL

Una vez determinado el daño, así como que éste provino de un accidente de trabajo, es menester entrar a estudiar la concurrencia de la culpa suficiente del empleador, para lo cual resulta necesario

reiterar, que de conformidad con el artículo 56 del C. S. del T. *“incumben al empleador obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores”*, obligación de carácter general que se establece igualmente en el artículo 57 numeral 2º *ídem*, al regular como obligaciones especiales del empleador el *“Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.”*

Doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene definido que la culpa por la cual responde el empleador en estos casos es por la *“CULPA LEVE”*, por cuanto el empleador ésta obligado a dar protección y seguridad a sus trabajadores, además porque se trata de una responsabilidad civil derivada de un contrato conmutativo, es decir, que se hace para el beneficio recíproco de las partes (Art. 1604 del C.C.).

Así mismo, nuestro órgano de cierre en varios pronunciamientos ha establecido que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe estar la *«culpa suficientemente comprobada»* del empleador; responsabilidad que tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia de trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes u obligaciones de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada, tendientes a evitar que aquel sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo.

Así las cosas, cuando el empleador incumple dichos deberes u obligaciones derivadas del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador o a su beneficiarios que sufren las consecuencia del infortunio laboral o enfermedad profesional respecto de los daños que fueron ocasionados con su proceder. En otras palabras, la omisión en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el citado precepto legal.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL7181-2015, además ha considerado que cuando *“se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores”*.

Además de vieja data en sentencias del 10 de marzo de 2005 rad 23656 y SL del 10 de mayo de 2006 rad. 26126, entre otras, se ha definido que al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del CPC hoy 167 del C.G.P, y 1604 del CC, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la

carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores.

Conviene advertir, que lo anterior no significa que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones al cuidado y protección para desatender cualquier carga probatoria, pues se insiste no se trata de una responsabilidad objetiva, ya que para que opere la inversión de la carga de la prueba, deben estar demostradas las circunstancias concretas en que ocurrió el accidente y que la causa del mismo fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente.

Finalmente, resulta procedente recordar que nuestra superioridad también en sentencia SL3915 de 2019, en relación a la culpa exclusiva de un tercero como eximente de responsabilidad para que sea procedente indicó que deben concurrir las siguientes condiciones “i) que el hecho sea único y exclusivo determinante del daño; ii) que sea irresistible, imprevisible y, iii) la exterioridad de la causa extraña con respecto al demandado”.

ACCIDENTE DE TRABAJO

Como se dijo anteriormente no hay duda respecto de la vinculación laboral de la demandante como médico al servicio social obligatorio y que en razón de dicha labor el 24 de diciembre de 2012, sufrió un accidente cuando se trasladaba del Municipio de Túquerres a Pasto, con una paciente con insuficiencia renal, su acompañante y la tripulación en la ambulancia de placas OMT 017, accidente que tuvo dos víctimas fatales y lesionados.

Ahora bien, sobre los hechos anteriores al accidente el testigo German Ocampo, quien fungió como médico regulador del Instituto Departamental de Salud de Nariño hasta julio de 2019, informó que conoce que el 24 de diciembre de 2012, en horas de la tarde el CRUE- Centro Regulador de Urgencias y Emergencias- recibió una llamada de auxilio por la jefe de la IPS GESTIONARBIENESTAR de Túquerres, para trasladar a un paciente con trauma craneoencefálico, por lo tanto el CRUE, le prestó la colaboración con la ambulancia de la ESE SAN MIGUEL DE ARCANGEL DE OSPINA; sin embargo y dado que la misma era básica para trasladar a un paciente intubado, se solicitó otra ambulancia en la cual la IPS GESTIONAR BIENESTAR DE TUQUERRES, decidió remitir al paciente con trauma craneoencefálico y la ambulancia de la ESE SAN MIGUEL DE ARCANGEL DE OSPINA, finalmente la IPS GESTIONARBIENESTAR DE TUQUERRES la utilizó para transportar a una paciente con insuficiencia renal, ambulancia en la que se ocasiona finalmente el accidente. Comentó que en el proceso de asignación de ambulancias se realiza inicialmente un barrido a través de la red de apoyo más cercana teniendo en cuenta la disponibilidad de vehículos y rapidez de llegada. Agregó que desconocía si la ambulancia se encontraba en malas condiciones y tampoco que la misma se encontraba dada de baja. Mencionó que en una urgencia vital los pacientes deben estar acompañados por el médico y/o paramédico, y que respecto de la paciente con insuficiencia renal esta fue solicitada como urgencia vital.

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con la demandante, aseguró que el día del accidente fue llamada por la jefe de urgencia quien le ordenó que debía trasladarse hasta la ciudad de Pasto con una paciente que padecía insuficiencia renal. Sobre el accidente, manifestó que en un intento por parte del conductor de la ambulancia de adelantar un vehículo en una curva colisionó con una camioneta, sacándola a ella por el parabrisas.

Sobre la causa del accidente del informe policial de accidente de tránsito visible a folio 82 se extrae que como lo expone la demandante se consignó como causa probable la invasión de carril.

Así mismo, del certificado de tradición visible a folio 184 se observa que la ambulancia de placas OMT 017 era de propiedad del MUNICIPIO DE OSPINA, pero se encontraba al servicio de la ESE San Miguel de Ospina, siendo conducida por el Sr. JOSÉ IGNACIO MARTINEZ ROSALES, quien según el contrato visible al folio 626 prestaba sus servicios para la ESE referida, desde el 1º de diciembre de 2012.

Sobre la causa del accidente también conviene advertir que de conformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Oral Administrativo del Circuito de Pasto, proferida el 14 de julio de 2017, dentro del proceso 2014-00296, adelantado por la Sra. Nidia Gisela Chávez Salazar- sentencia que no fue redargüida de falsa- quien resultó gravemente afectada con el accidente al fungir como auxiliar de enfermería de la IPS GESTIONARBIENESTAR, prueba que fue decretada en la audiencia del artículo 77 del CPT y de la SS, llevada a cabo el 24 de septiembre de 2019, se tuvieron como hechos probados que i) La Fiscalía Quinta Delegada aceptó la hipótesis que la causa del accidente fue la invasión del carril contrario por el vehículo tipo ambulancia, hecho que también se acreditó con la declaración del testimonio del Sr. Luis Alberto Flórez, quien manifestó en ese proceso que la ambulancia estaba tratando de adelantar un bus de Transpiales; ii) El Sr. José Ignacio Martínez, contaba con licencia de conducción y tiempo significativo de experiencia conduciendo vehículo y iii) el vehículo tipo ambulancia de placa OMT017 fue objeto de experticia técnica por parte del personal de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Alcaldía de Pasto el 28 de enero de 2013, en el que concluyeron que el funcionamiento mecánico y eléctrico del vehículo no se pudo determinar debido al grave estado en que se encontraba el vehículo (fls. 805 y ss)

Así las cosas, del análisis en conjunto y crítico de las pruebas para la Sala no se encuentra acreditado la culpa del empleador en el accidente ocurrido el 24 de diciembre de 2012, pues no existe nexo de causalidad, como quiera que el mismo se produjo como consecuencia de la imprudencia del conductor de la ambulancia que estaba al servicio del Hospital San Miguel de Ospina y que fuera asignada por el CRUE para transportar una urgencia vital, conducta que consistió en la invasión del carril izquierdo, al tratar de adelantar en curva y que se encuentra totalmente prohibida por las normas de tránsito.

En ese orden de ideas, en este caso el accidente no se ocasionó por la culpa del empleador sino por la culpa exclusiva de un tercero, lo cual exime de responsabilidad al primero de los mencionados, pues concurren todos los requisitos como se verá a continuación:

1. QUE EL HECHO SEA ÚNICO Y EXCLUSIVO DETERMINANTE DEL DAÑO

En el caso fue la imprudencia del conductor de la ambulancia que infringiendo una norma de tránsito adelantó en una curva, hecho que originó la colisión del vehículo con el que venía en sentido contrario, luego entonces fue ese el hecho determinante del daño.

2. QUE SE IRRESISTIBLE E IMPREVISIBLE

Si bien es sabido que le corresponde al empleador en cumplimiento de su obligación de cuidado i) identificar, ii) conocer iii) evaluar y iv) controlar los peligros potenciales a los cuales están expuestos sus trabajadores, en el sublite no podía pronosticar el actuar del conductor que causó el riesgo, más aún si se tiene en cuenta que la conducción es considerada como una actividad de riesgo.

3. LA EXTERIORIDAD DE LA CAUSA EXTRAÑA CON RESPECTO AL DEMANDADO

En efecto la causa fue ajena al empleador, en tanto, no asignó la ambulancia, pues fue el CRUE -Centro Regulador de Urgencias y Emergencias- quien prestó la colaboración con la ambulancia de la ESE SAN MIGUEL DE ARCANGEL DE OSPINA, junto con su conductor, al ser el centro responsable de garantizar la atención oportuna y eficiente a la población en situaciones de urgencias, emergencias y desastres. Dependencia que si bien coordina la prestación del servicio de ambulancia en las entidades de salud, tanto su funcionamiento como su organización es autónomo e independiente a la demandada.

En ese orden de ideas, para este Sala la Cooperativa Multiactiva de Servicios Integrales Gestionar bienestar no se encuentra obligada a resarcir un daño que no causó y tampoco contribuyó a el, ya que como se observó el accidente se originó por la culpa exclusiva de un tercero, lo que conduce a concluir que en este caso el nexo causal se rompió, siendo imposible imputarle el daño al empleador ni por acción ni omisión culposa, cuando se insiste fue causado por la imprudencia del conductor de la ambulancia que dicho sea de caso no tenía ninguna vínculo con la demandada.

En conclusión, al haber sido el accidente un hecho irresistible, imprevisible y externo no es posible acceder a la indemnización prevista en el artículo 216 del CST, por lo tanto, se confirmará la decisión de la primera instancia al respecto.

INEMNIZACIÓN MORATORIA.

El apoderado de la demandada cuestionó la imposición de la sanción moratoria, ya que sostiene que su representada no actuó de mala fe, advirtiendo en todo caso, que debe tenerse en cuenta la situación financiera de aquel entonces de la convocada a juicio; no obstante, sostiene que de confirmarse la procedencia de esta indemnización, la misma debe ser modificada de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., al presentarse la demanda luego de 24 meses, por ello solo proceden los intereses moratorios.

Al respecto hay que recalcar que para que proceda el reconocimiento de esta sanción le corresponde al trabajador acreditar la existencia de un crédito insoluto y al empleador las razones atendibles que justificaron su omisión en el pago, situación que cumplió la actora pues en el *sub lite*, no es objeto de controversia que la parte demandada adeuda a favor de la demandante las prestaciones sociales, así como también la inexistencia en el plenario de prueba que demuestre que inmediatamente terminada la relación laboral, el empleador hubiera liquidado y cancelado los valores que le adeudaba a la demandante como consecuencia de la relación laboral ejecutada entre el **22 de noviembre de 2012 al 21 de noviembre de 2013**, utilizando como pretexto para ello la difícil situación económica de la demandada, razón que para esta Sala no se constituye en un eximente de responsabilidad de la indemnización moratoria, pues ello va en perjuicio exclusivo del extrabajador y no exonera al empleador de cumplir a tiempo con sus obligaciones laborales, cargando el demandante con las dificultades económicas de la empresa contratante sin estar obligado, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 28 del C. S. del T., que a la letra dice *“UTILIDADES Y PÉRDIDAS. El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*, tal y como lo ha sostenido de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sección Primera en sentencia del 18 de septiembre de 1955 radicación No 7393, M.P. Francisco Escobar Enríquez, por lo que la difícil situación económica de la empresa empleadora no es una razón justificable de su omisión de pago

De esta manera, resulta acertada la procedencia de la indemnización moratoria, correspondiéndole a la demandada de conformidad con el artículo 65 del C.S.T. modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, pagarle a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, causados a partir del 22 de noviembre de 2013, hasta cuando se paguen efectivamente las obligaciones, tal y como lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3274 radicación No 70066 del 1º de agosto de 2018, ello por cuanto, según constancia de reparto visible a folio 3 la demanda fue radicada el 13 de octubre de 2016, cuando ya habían transcurrido 24 meses de haber finalizado el contrato de trabajo – 21 de noviembre de 2013-, por ende, en este aspecto le asiste razón al apoderado de la demandada Cooperativa Multiactiva de Servicios Integrales Gestionarbienestar, lo que conduce a que se modifique la decisión de la primera instancia que había condenado a la demandada a pagar la sanción moratoria como si la demanda se hubiera presentado dentro de los 24 meses a la terminación del vínculo.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado corresponde a esta Sala modificar el literal e) del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, conforme las razones expuestas. En lo restante se confirmará.

COSTAS

En aplicación del numeral 5º del artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada y por haber prosperado en forma parcial el recurso de apelación de la parte demandada no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el LITERAL E) DEL NUMERAL TERCERO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres con Funciones de Conocimiento Laboral, en audiencia pública llevada a cabo el 4 febrero de 2022, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído el cual quedara así:

“E) CONDENAR a la parte demandada Cooperativa Multiactiva de Servicios Integrales Gestionar bienestar a pagar a la demandante FANNY CATHERINE JARAMILLO ROSAS, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados a partir del 22 de noviembre de 2013, y hasta cuando se paguen efectivamente las obligaciones, intereses que se computaran sobre la suma adeudada por concepto de prestaciones sociales.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres con Funciones de Conocimiento Laboral, en audiencia pública llevada a cabo el 4 febrero de 2022, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia por no haberse causado.

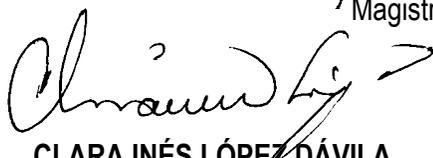
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 139. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2017-00361- 01 (117)

En San Juan de Pasto, a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO** contra **CACHARRERIA CALI VARGAS & CIA S EN C**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de la **CACHARRERÍA CALI VARGAS & CIA S EN C**, para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 31 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2001, vínculo que luego fue renovado mediante contrato escrito de trabajo a partir del 15 de enero de 2002, el que perduró sin solución de continuidad hasta el 30 de diciembre de 2014, data en la que la demandada de manera unilateral dio por terminado el contrato de trabajo. Consecuencialmente, solicitó se condene a la demandada al pago de los derechos laborales de orden legal descritos en la demanda, e indemnizaciones, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que se vinculó con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo verbal el 31 de agosto de 2001, nexa que perduró hasta el 31 de diciembre del mismo año. Que el 15 de enero del año 2002, el anterior contrato se hizo constar por escrito, siendo contratado a término definido por un año más, es decir, hasta el 31 de diciembre del mismo año, contrato que fue renovado sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2011. Que el 15 de enero de 2012, continuó laborando al servicio del empleador por renovación tácita del contrato anterior hasta el 30 de diciembre de 2014. Que

se desempeñó como vigilante y como salario percibió el SMLMV. Que su jornada laboral era de lunes a sábado; 10 horas diarias y que sus labores se organizaban en turnos. Que su empleador no le reconoció el pago de horas extras. Que ante el reclamo del pago de los anteriores conceptos se iniciaron conductas de persecución. Que el 26 de noviembre de 2014, el demandante fue sometido a una cirugía y el 26 de diciembre del mismo año cuando se reintegró su empleador le hizo firmar una carta dándole a conocer que su contrato terminaba el 30 de diciembre de ese mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, con auto del 1º de diciembre de 2017, admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (fl.46).

Trabada la Litis, la CACHERRERIA CALI VARGAS & CIA EN C, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó “FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR”, “PAGO” y “PRESCRIPCIÓN” (Fl. 67-79).

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 23 de septiembre de 2019, se declaró fracasada la conciliación, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia trámite y juzgamiento (fls. 121-122).

El Juez A Quo, el 28 de febrero de 2022, llevó a cabo la audiencia referida y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo; declaró que entre las partes “*existió un solo contrato de trabajo sin solución de continuidad gobernada por contratos de trabajo comprendida entre el 31 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2014*”. Condenó a la sociedad demandada a pagarle al actor la suma de \$15.618 por concepto de cesantías. Declaró probada de oficio de manera parcial la excepción de “COBRO DE LO NO DEBIDO”, y parcialmente la de “FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR”, alegada por la sociedad accionada. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas por el actor y la condenó en costas.

En síntesis, el fallador de primera instancia concluyó que no fue objeto de controversia que entre las partes existió un primer contrato de trabajo verbal vigente entre el 30 de agosto al 31 de diciembre de 2001, el cual fue liquidado, y a partir del 15 de enero de 2002 se suscribió un segundo contrato de trabajo que se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, vínculos que reputó como válidos, al considerar que se encuentra permitido el cambio de modalidad contractual siempre que no se haya presentado algún vicio; no obstante, destacó que ello no era óbice para declarar la existencia de una sola relación de trabajo entre las partes, aun habiendo suscrito dos contratos de naturaleza laboral distinta, ya que no existía una interrupción considerable de tiempo y sin una modificación sustancial del mismo, por lo que consideró que los 14 días no generaron solución de continuidad, concluyendo que los extremos temporales de la relación lo serían desde el 31 de agosto de 2001 hasta el 31 de diciembre

de 2014, condenando a la demandada a pagar las cesantías de los 14 días del año 2001, en cuantía de \$15.618.

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte actora, cuestionó la decisión absolutoria del Juez A Quo, respecto del pago del salario suplementario, la indemnización por despido injusto y perjuicios morales, conceptos que a su juicio se causaron, pero que al no contar con la prueba testimonial no pudo acreditarlos en el proceso, por ello, solicitó se acceda en la segunda instancia a la práctica de dicha prueba.

PARTE DEMANDADA

La parte demandada interpuso recurso de apelación al considerar que la sentencia del Juez A Quo, resulta incongruente, pues reconoce que existieron dos vínculos que fueron debidamente liquidados; sin embargo declara la existencia de una solo relación laboral sin solución de continuidad, pese que se acreditó que el primer nexo terminó el 31 de diciembre de 2001 y luego se suscribió un contrato de trabajo a partir del 15 de enero de 2002, bajo ese escenario advirtió que no existió continuidad y tampoco se adeuda suma alguna por cesantías, por ello, solicita se revoque la sentencia para en su lugar declarar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo independientes y autónomos.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan así:

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos del recurso de apelación.

Mediante auto calendarado 1º de diciembre de 2022, la Sala Unitaria Laboral de esta Corporación, accedió a la practica de la prueba testimonial requerida por la apoderada judicial de la parte demandada, audiencia que se llevó a cabo el 23 de enero del año en curso.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de los argumentos expuestos en los recursos de alzada y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por el apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S., le corresponde a esta Sala de Decisión definir respecto de la parte demandada i)si entre las partes “existió

un solo contrato de trabajo sin solución de continuidad gobernada por contratos de trabajos comprendida entre el 31 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2014”, o si por el contrario existieron dos vínculos laborales independientes y ii) respecto de la parte demandante, si hay lugar al pago del salario suplementario, la indemnización por despido injusto y perjuicios morales.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO, MODALIDAD Y EXTREMOS

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

Ahora bien, para desatar el problema jurídico planteado militan en el expediente las siguientes pruebas relevantes para dar respuesta al problema jurídico:

1. Liquidación y pago de prestaciones sociales del periodo laborado por el actor desde el 30 de agosto al 31 de diciembre de 2001 (fl. 80).
2. Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año celebrado entre las partes el 15 de enero de 2002, cuyo vencimiento lo fue el 30 de junio del mismo año, vínculo que se prorrogó por tres veces así: hasta el 31 de diciembre de 2002, 30 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2003, para luego prorrogarse por un año como lo permite el artículo 46 del C.S.T., finalizando el 31 de diciembre de 2014 (fl. 81-82).
3. Preaviso del 22 de noviembre de 2014, dirigido al demandante en el que se le notifica la terminación del contrato de trabajo a término fijo que finaliza el 31 de diciembre de 2014. (Fl. 83).
4. Liquidaciones de acreencias laborales (fls. 84-103).

De lo anterior podemos concluir que entre las partes existieron dos contratos de trabajo; el primero verbal desde el 30 de agosto al 31 de diciembre de 2001, vinculó que fue liquidado, y el segundo un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que inició el 15 de febrero de 2002 y se prorrogó sucesivamente por 3 periodos, y después no fue inferior a un año, finalizando el 31 de diciembre de 2014, luego entonces, para la sala contrario a lo que definió la primera instancia no existió *"un solo contrato de trabajo sin solución de continuidad gobernada por contratos de trabajo comprendida entre el 31 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2014"*, por el contrario existieron dos vinculaciones que fueron debidamente liquidadas.

Debe advertirse que la Sala no desconoce que la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, tiene enseñado que en casos de la firma de varios contratos de trabajo sucesivos entre las mismas partes, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas para establecer la unidad de la relación laboral, ya que es bien conocido que, no pocas veces, las empresas han adoptado estas prácticas llevadas por el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de las cesantías o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo; sin embargo, esta no es la situación del presente asunto, ya que el vínculo contractual inicial pactado entre las partes ejecutado desde el 30 de agosto al 31 de diciembre de 2001, fue debidamente liquidado como se observa con la documental obrante al folio 80 pdf, actuaciones que se hicieron libre y voluntariamente por las partes y por un sola ocasión sin que se haya demostrado algún vicio del consentimiento que afecte la terminación de dicha etapa contractual, siendo que con posterioridad, esto es, el 15 de enero de 2002 el empleador y el trabajador deciden suscribir nuevo contrato de trabajo y en esta ocasión a término fijo tal como lo demuestra la documental visible al folio 81, documentos que no fueron redargüidos por falsedad por ninguna de las partes.

Todo lo anterior, conduce a la Sala a vislumbrar que en esta oportunidad no fue la intención del empleador la de defraudar los intereses y derechos del trabajador, y que el cambio en la modalidad de la relación contractual laboral se hizo en forma real y no meramente aparente, pues no fueron conductas repetitivas o consuetudinarias por parte del empleador ejercer este tipo de prácticas.

Así las cosas, salta a la vista que el Juez A Quo se equivocó al concluir la existencia de un solo contrato de trabajo sin solución de continuidad, cuando en la realidad existió un contrato de trabajo verbal que inició el 30 de agosto al 31 de diciembre de 2001, y un segundo contrato de trabajo a término fijo de un año que inició el 15 de enero de 2002 y finalizó el 31 de diciembre de 2014, por ello la decisión de la primera instancia será revocada así como la condena por concepto de cesantías que ordenó el Juez A Quo, pues no había lugar a su imposición.

HORAS EXTRAS Y TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte actora, reclamó el reconocimiento y pago de horas extras diurnas, nocturnas y trabajo en días dominicales y festivos laborados durante todo el tiempo de ejecución del de relación laboral.

Al respecto, advierte la Sala que la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que cuando se reclama el pago de horas extras, el trabajador debe probar que efectivamente las ha ejecutado, teniendo estas que ser precisas y claras. Así las cosas, se debe demostrar de manera concreta y determinada la cantidad de horas extras laboradas, así como los dominicales y festivos en que el trabajador laboró, pues al Juez no le es posible dictar condena por estos pedimentos con base en suposiciones sobre cual pudo ser ese tiempo adicional laborado.

Para acreditar lo anterior se escuchó a los testigos Vanesa Esmeralda Vargas Bastidas, Yolanda Patricia España y Álvaro Fabian Arenas, quienes al unisonó manifestaron que en temporada escolar, diciembre

y temporadas altas, el trabajo era arduo, pues laboraban de 9:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 3:00 p.m. a 9:00 p.m., 10:00 p.m. u 11:00 p.m., la primera de las testigos precisó que siempre trabajaban 1 o 2 horas adicionales y en temporada alta hasta 4 o 5 horas. Así mismo, la testigo Yolanda Patricia España manifestó que al haberse desempeñado como asistente de administración conoce que se hacían turnos, advirtiendo que en el caso del demandante al ser el vigilante cree que trabajaba de 2 a 4 horas más. Finalmente, el testigo Álvaro Fabián Arenas, quien también se desempeñó como vigilante informó que los horarios eran extenuantes; ingresaban a las 9: 00 a.m. y salían a la 1: 00 p.m., luego retomaban a las 3:00 p.m. hasta las 9:00 o 10: 00 p.m., pues la salida era cuando terminaban los arqueos de caja, anotando que en temporada escolar y diciembre laboraban hasta las 11:30 p.m. y que además trabajaban los domingos.

Luego del análisis de la prueba antes referida, observa la sala que no existe con absoluta claridad y precisión si el trabajador laboró en una jornada que excedía la máxima legal; así como el periodo de esas horas extras y la cantidad de las mismas, pues si bien los testigos aseguran que en temporadas como la escolar laboraban hasta 12 horas, no se puede inferir el número con exactitud, ni los días en los que se laboraron, por lo tanto, resulta imposible su cuantificación.

En conclusión, el demandante no cumplió con la carga de probar la ejecución de actividades por fuera de la jornada legal establecida, el número de horas extras que dice se causaron, ni el lapso durante el cual desempeño las mismas, lo que implica el despacho desfavorable de las pretensiones relacionada con la reliquidación de acreencias laborales, que se pretendía con la demanda debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

En el recurso de apelación la parte actora solicita se acceda a la indemnización por despido injusto; no obstante no argumenta su petición, pero para resolver lo respectivo solo basta indicar que como se advirtió, al encontrarse acreditado que desde el 15 de enero de 2002, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que se prorrogó en tres ocasiones, y que luego de estas su término de renovación no fue inferior a un año, terminando el 31 de diciembre de 2014, no le asiste derecho al pago de la indemnización por despido injusto, como quiera que el empleador le comunicó la decisión de no renovar su el contrato de trabajo mediante el preaviso respectivo y dentro del término establecido por el artículo 46 del C.S.T., esto es, el 22 de noviembre de 2014.

PERJUICIOS MORALES

Solicita la parte actora el pago de perjuicios morales como consecuencia del acoso laboral que vivió como consecuencia del despido injustificado; no obstante, al establecerse que el contrato de trabajo terminó por una causa legal, no hay lugar a ello, confirmándose la decisión de la primera instancia al respecto.

EXCEPCIONES

La demandada formuló las excepciones que denominó “PAGO” y “FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR”, las cuales, dadas las resultas del proceso, se declararán probadas.

COSTAS

De conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P., hay lugar a condenar en costas de primera y segunda instancia, a la parte demandante RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO. Así las cosas, las costas se fijan en un 1 SMLMV, esto es, \$1.160.000 para ambas instancias en total, según lo dispone el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

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: **REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 28 de febrero de 2022, para en su lugar **DECLARAR** que entre el demandante **RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO** y la demandada **CACHARRERÍA CALI VARGAS & CIA S. EN C**, existió un contrato de trabajo verbal desde el 31 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2001, y un segundo nexo laboral a término fijo que inició el 15 de enero de 2002 y finalizó el 31 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: **DECLARAR** probada la excepción de **PAGO** y de **FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR**, propuestas por la demandada. Consecuencialmente, **ABSOLVER** a la **CACHARRERÍA CALI VARGAS & CIA S. EN C**, de las pretensiones incoadas por el demandante **RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Las costas de primera y segunda instancia se impondrán a cargo de la parte demandante **RAMIRO BENAVIDES MADROÑERO** y a favor de la **CACHARRERIA CALI VARGAS & CIA S EN C**. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en un 1 SMLMV, esto es, \$1.160.000, cuantía total para ambas instancias las cuáles 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. 136. 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 DAVILA
Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado