

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Ordinario Laboral No. 2020-00110-01 (052)**

En San Juan de Pasto, a los diecisiete (17) días del mes de febrero 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 **JAVIER BENAVIDES GÓMEZ** contra la **COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE COLÓN -GENOVA “AGUACOLON E.S,P”**, 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**

**JAVIER BENAVIDES GÓMEZ**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de la **COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE COLÓN - GENOVA “AGUACOLON ESP”**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 30 de mayo de 2017, vínculo que terminó sin justa causa por parte de la demandada. Consecuencialmente, solicitó se condene a la demandada a reconocer y pagarle las prestaciones sociales y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 19 de marzo de 2009 se vinculó mediante “*contrato laboral verbal*” y bajo la modalidad de OPS con la entidad demandada hasta el 30 de mayo de 2017, sin solución de continuidad. Que sus labores eran propias de un trabajador oficial como operario de aseo, acueducto y alcantarillado. Que desempeñó sus labores de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo de 8 horas diarias, desde las 7:00 a.m. hasta las 3:00 p.m. de lunes a sábado. Que el salario devengado inicialmente fue de \$375.000 pero realmente le entregaban \$350.000. Que en ocasiones le hacían firmar comprobantes por una suma de dinero superior a la recibida, pues señala

que de esa suma debía repartirles a los otros compañeros. Que al inicio del año 2009, fue la alcaldía que le cancelaba su salario a través de la oficina de la Umata. Que para el año 2016, radicó un oficio en el que solicitó se le cancelaran sus acreencias laborales y se le definiera su vínculo laboral con “AGUACOLÓN E.S.P”; no obstante, en respuesta el gerente de la demandada, afirmó que revisados los archivos de la empresa se encontraron sendos contratos bajo la modalidad de OPS, manifestando que no hay ninguna relación laboral. Que el 7 de septiembre de 2020, presentó derecho de petición en el que reclamó el pago nuevamente de sus acreencias, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz mediante auto calendado del 16 de diciembre de 2020 admitió la demanda y ordenó la notificación a la demandada, actuación que se surtió en legal forma (Fl. 54)

Mediante auto calendado 26 de abril de 2021, el Juez A Quo, dispuso tener por no contestada la demanda respecto de la convocada a juicio, por las razones que allí se indican (Fls. 63-64).

El Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, intervino en el asunto, para señalar que la demandada deberá aportar en el momento procesal oportuno el certificado de cámara de comercio, para verificar su naturaleza, régimen aplicable y así dar aplicación a la presunción prevista en el artículo 24 del CST en caso de los trabajadores privados o los artículos 3º y 20 del decreto 2127 de 1945, para el caso de trabajadores oficiales. Propuso como excepciones de mérito las de “INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL”, “COMPENSACIÓN - PAGO” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls. 57-61)

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 13 de septiembre de 2021, se declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, así mismo, se fijó el litigio y se realizó el correspondiente decreto de pruebas (Fls. 75-78).

El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, el 3 de febrero de 2022, llevó a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento; una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 14 de julio de 2015. Declaró probada la excepción de prescripción propuesta por el Ministerio Público y de oficio la de cosa juzgada. En consecuencia, absolvió a la demandada de las restantes pretensiones formuladas por la parte actora.

El Juez A Quo, consideró que de conformidad con lo argüido en la demanda y la prueba recopilada en el trascurso del proceso, existió una prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de la entidad demandada desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 14 de julio de 2015, en consecuencia declaró la existencia de una relación laboral; sin embargo, declaró probada la excepción de prescripción, en tanto, desde la petición elevada el 22 de enero de 2016, ante la entidad demandada

hasta la data en que se presentó la demanda 10 de diciembre de 2020, transcurrieron más de 3 años. Así mismo, el Juez A Quo declaró probada la excepción de cosa juzgada, pues aduce que el acta de conciliación del 15 de julio de 2016, hizo tránsito a cosa juzgada y en virtud de ello los cuatro años que se conciliaron no podrían reclamarse nuevamente por activa.

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

En síntesis, el apoderado del actor solicitó se tenga en cuenta que se probó que la relación laboral concluyó el 30 de mayo de 2017, y a partir de ello se debe contabilizar el término con el que contaba el demandante para reclamar sus derechos, esto es, hasta el 1º de junio de 2020, advirtiendo en todo caso que solicitó oportunamente el pago de sus acreencias laborales en febrero de 2016. Así mismo, manifestó que los aportes a seguridad social en pensión y el pago de las prestaciones sociales, específicamente de las cesantías, son imprescriptibles. Por otro lado, indicó que se demostró la mala fe de la entidad demandada, al no afiliar al actor a la seguridad social. Además, consideró que el Juzgado A Quo, no analizó el hecho de que la entidad demandada no dio contestación a la demanda y no se tuvo como un indicio en su contra. Finalmente, solicitó se aplique la sanción moratoria prevista en el artículo “64” del Código Sustantivo del Trabajo en razón de la no cancelación de las acreencias laborales.

### **MINISTERIO PÚBLICO**

El representante del Ministerio Público, solicitó se revoque el numeral primero de la sentencia, en tanto declaró la existencia de una relación laboral, cuando quedó probada la excepción de cosa juzgada, pues destacó que dentro del plenario reposa acta de conciliación llevada a cabo el 14 de julio de 2016, en la cual se concilió un periodo anterior a esa fecha; que se dice fue aproximadamente de cuatro años, por ello, aduce que sobre ese punto operó la institución de la cosa juzgada al cumplirse los requisitos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso, y por lo tanto no podía ser estudiado ni mucho menos declarado, resaltando en todo caso que podría analizarse una relación laboral con posterioridad al 16 de julio de 2016, frente a la cual sostiene no existe claridad sobre la prestación del servicio, lo que conduciría a la absolución de la demandada.

## **II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos sin intervención de las mismas.

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

## CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora y el Ministerio Público, le corresponde a esta Sala de Decisión definir si i) entre las partes existió una relación laboral desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 30 de mayo de 2017 ii) si el acta de conciliación que data del 14 de julio de 2016, hizo tránsito a cosa juzgada o por el contrario hay lugar a liquidar las acreencias laborales solicitadas, teniendo en cuenta la excepción de prescripción propuesta por el Ministerio Público.

### SOLUCIÓN A PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

#### NATURALEZA JURÍDICA DE LA COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE COLÓN - GENOVA “AGUACOLON E.S.P.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios están regidas por la ley 142 de 1994, específicamente el artículo 17 establece la naturaleza de estas entidades así *“Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.”*; no obstante, el parágrafo 1º de la norma citada dispone que *“Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.”*

En cuanto al régimen laboral que se debe adoptar para los trabajadores de estas entidades el artículo 41 de la ley 142 de 1994 establece *“Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5º del Decreto-Ley 3135 de 1968.”*, disposición que establece: *“Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.”*

Dicho lo anterior y conforme al artículo 4º de los estatutos de la entidad demandada (fl. 128), se determina que está integrada por el Municipio de Colón - Génova, la Junta de Acción Comunal Bordo Alto, el Grupo Asociativo Agroecológico Guaduales de Palacios, el Grupo Asociativo Agroecológico Río Mayo y la Junta de Acción Comunal del Placer, igualmente se evidencia que es una entidad descentralizada cuyo capital no está representado por acciones, así mismo, conforme a los artículos 1º y 10º de los estatutos en mención, es posible determinar que es una entidad que no adoptó la forma de empresa industrial y comercial del estado, por ello, por su naturaleza el régimen laboral aplicable es el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

## **EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO**

Esta Corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. y de la Seguridad Social, 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 Código Sustantivo del Trabajo que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

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

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

## **PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO**

Este elemento esencial contractual se encuentra acreditado de conformidad con la certificación visible a folio 81 y los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 96 y ss, los que dan cuenta que el actor prestó servicios en favor de la demandada en labores de recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos en la zona urbana de Génova y en el corregimiento de Villanueva, labores que corroboraron los testigos, FABIO LEONARDO DÍAZ BOLAÑOS, MAURICIO BENAVIDES MARTÍNEZ, SASKIA BURBANO GÓMEZ y BAUDILIO BENAVIDES GÓMEZ, por lo que a juicio de la Sala se encuentra acreditado este elemento configurativo del contrato de trabajo.

## **CONTINUADA SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA, EXTREMOS TEMPORALES y SALARIO**

---

<sup>1</sup> C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia SL 3126-2021 del 19 de mayo de 2021. *"Conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato», ello sin afectar su honor, dignidad humana y sus derechos mínimos laborales.."*

*Por último, debe destacarse que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Pensarlo así haría nugatoria la presunción legal del artículo 24 ibídem, conforme a la cual basta la demostración efectiva de la prestación personal del servicio para que el contrato de trabajo se presuma, sin que se requiera prueba apta de la subordinación pues una vez aquella opera le corresponde a la contraparte desvirtuarla."*

Al respecto conviene precisar que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, constituye el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, pues dicha potestad se concreta en el sometimiento del trabajador a las órdenes o imposiciones de su empleador.

De otro lado, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor encomendada por el contratante.

Así las cosas, cuando se alega el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, corresponde en cada caso, sin desconocer los principios del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Definido lo anterior y demostrada como se encuentra la prestación del servicio de la parte activa del contradictorio a favor de AGUACOLÓN E.S.P, le correspondía desvirtuar a esta última la presunción prevista en el artículo 24 del CST, misma que no desvirtuó pues contrario a ello, los testigos citados por la parte actora, ratificaron aspectos propios de un contrato de trabajo.

Al respecto, el testigo **FABIO LEONARDO DÍAZ BOLAÑOS**, aseguró que lo conoce desde el 19 de marzo de 2009, porque en esa data tanto el como el testigo iniciaron a trabajar en favor de AGUACOLON E.S.P, resaltando el declarante que se encuentra vinculado hasta la actualidad, y que al igual que el actor, inicialmente fue vinculado de forma verbal y en el 2014 mediante la modalidad de prestación de servicio. Preciso que, el demandante laboró durante la administración de dos alcaldes, es decir, desde el 19 de marzo de 2009 hasta aproximadamente el 2017 en forma continua, advirtiendo que no recuerda la fecha exacta en que el actor dejó de laborar. Informó que las funciones que desempeñaban en la empresa eran recolección de residuos sólidos en las veredas y en el municipio, trabajo en el acueducto, el barrido de calles y del parque. Aseguró que, tanto él como el demandante cumplían un horario el cual era de lunes a sábado desde las 7:00 a.m. a 3:00 p.m., y que su salario en el año 2009 era de \$375.000. Finalmente, indicó que todos los trabajadores incluyendo el demandante, recibían órdenes por parte del gerente de la empresa demandada.

Por su parte, el testigo **MAURICIO BENAVIDES MARTÍNEZ**, informó que trabaja para la demandada desde el año 2015, y que el actor es su tío, comentando que este laboró para AGUACOLON ESP, desde marzo de 2009, y que cuando el testigo ingresó el actor fue desvinculado, Manifestó que, las labores de recolección, aseo, entre otras, las realiza de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y que ese mismo horario cumplía el demandante. Aseguró, que el actor luego de su desvinculación nuevamente se reintegró con la demandada, pero que en la Administración del Sr. Miguel Eloy, en el 2017, este lo retiró. Sobre la fecha en que ingresó el demandante marzo de 2009, informó que no estuvo presente en la contratación y que estuvo privado de la libertad por un lapso, recobrándola el 20 de julio de 2010, destacando que sabe que el actor prestó sus servicios desde el 2009, porque hizo algunos reemplazos aproximadamente desde el 15 de agosto de 2010.

La testigo, **SASKIA BURBANO GÓMEZ**, informó que labora para la demandada, y que conoce al demandante porque cuando ella ingresó el 19 de marzo de 2009, ya se encontraba laborando. Aseguró que el Sr. Javier Benavides Gómez, prestó servicios de manera continua hasta la administración del Sr. Miller Eloy. Expuso que, tanto ella como el demandante realizaban las mismas labores, entre ellas recolección de basuras, y que laboraban todos los días de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. Comentó que, en el año 2009 la contratación con la entidad demandada fue verbal y que posteriormente le realizaban contrato a una sola persona quien era la encargada de cancelarles. Finalmente, afirmó que recibían órdenes del gerente de la empresa y que tiene entendido que el actor trabajó todo el año 2016.

Finalmente, el testigo **BAUDILIO BENAVIDES GÓMEZ**, quien labora para la demandada aproximadamente desde el año 2005, comentó que el actor es su hermano y que se vinculó en forma verbal para AGUACOLÓN desde el 19 de marzo de 2009, pero no recuerda a partir de que data suscribió contrato. Indicó que, realizaban las mismas labores, entre ellas oficios varios como limpieza de alcantarillado, recolección de basuras en el municipio, veredas y corregimientos, destacando que el jefe directo de demandante era el Sr. Jairo Meneses. Finalmente, indicó que, el actor prestó sus servicios para la entidad demandada hasta el 30 de mayo de 2017, cuando fue retirado por el alcalde de ese momento.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba, la Sala concluye que el elemento esencial de subordinación no fue desvirtuado por la entidad demandada, ello por cuanto, la demanda no dio contestación a la demanda, y de conformidad con la prueba testimonial, es claro que el actor se encontraba sujeto a un horario de trabajo y debía cumplir órdenes impartidas por el gerente de la empresa, circunstancias todas estas que no son propias de un contrato de prestación de servicios, por el contrario se demostró que el demandante no actuaba con autonomía ni independencia, para cumplir con el objeto contractual, pues desarrolló sus funciones bajo continuada subordinación de la entidad demandada, que por medio de sus gerentes le impuso órdenes y horarios para ejecutar su trabajo configurándose así un contrato realidad según las voces del artículo 53 de la C.P., que se entiende a término indefinido, según se corrobora con las pruebas testimoniales antes reseñadas.

Definida la modalidad contractual entre los integrantes del contradictorio, hace la Sala claridad que en virtud del principio de la carga de la prueba (artículo 167 del C. de G. P.), es deber de quien acciona el aparato judicial probar, no solo la existencia de la prestación personal del servicio sino también los extremos temporales en los que se verificó la relación laboral alegada, convirtiéndose aquel en un requisito indispensable para determinar la existencia de un vínculo laboral, que hace posible además emitir las condenas correspondientes, pues se recuerda que la acreditación de los extremos temporales de un nexo contractual de naturaleza laboral, implican la delimitación de los derechos y la base de su cálculo.

En cuanto a los extremos de la relación laboral, la parte actora sostiene que laboró desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 30 de mayo de 2017; sin embargo, de los contratos de prestación de servicios visibles a folios 96 y ss, dan cuenta de la prestación del servicio de manera interrumpida desde el 28 de enero de 2010 hasta el 31 de agosto de 2013, de la siguiente manera:

Desde el 28 de enero al 30 de agosto de 2010; 1º de octubre de 2010 al 31 de marzo de 2011; 1º de mayo al 30 de noviembre de 2011; 1º de enero al 28 de febrero de 2012 y del 1º de marzo al 31 de agosto de 2013.

No obstante lo anterior, para definir el extremo inicial de la relación laboral la Sala se fundamentará en los testimonios de los Sres. Fabio Leonardo Díaz Bolaños, Saskia Burbano Gómez y Baudilio Benavides Gómez, quienes señalan que el actor inició a trabajar para la entidad demandada desde el 19 de marzo de 2009.

En lo que respecta al extremo final de la relación laboral, de la solicitud de conciliación de fecha 14 de julio de 2016, que será analizada más adelante (fl.166), es el propio actor quien manifiesta que laboró mediante contratos de prestación de servicios, por un término aproximado de 4 años y que hace un año ya no trabaja con la demandada, lo que conduce a concluir que contrario a lo que sostiene y reclama la relación laboral no se prolongó hasta el 2017, pues al menos en el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2015 y el 14 de julio de 2016, se tiene que no trabajó para la convocada a juicio, situación que coincide con el relato del testigo Mauricio Benavides Martínez, quien refirió que cuando este fue vinculado en el año 2015, el demandante fue retirado, por lo cual se tendrá como extremo final de la relación laboral, el 14 de julio de 2015, precisándose que entre los referidos extremos temporales comprendidos entre el 19 de marzo de 2009 y el 14 de julio de 2015, la prestación personal del servicio del demandante a favor de la demandada fue continua, como se demostró con la prueba testimonial.

## **LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE DERECHOS LABORALES Y LA COSA JUZGADA**

Ahora bien, sería del caso entrar a definir la procedencia de las condenas que reclamó el actor como consecuencia de la relación laboral que existió entre las partes en los extremos antes anotados, sino fuera porque el Ministerio Público, propuso la excepción de prescripción, la cual en materia laboral opera por regla general, cuando no se han ejercido las acciones para el reclamo de los derechos laborales dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, según lo establece el artículo 488 del estatuto sustantivo laboral, en concordancia con lo reglado en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S.

En este orden, del documento del folio 26 se puede extraer que el actor el 22 de enero de 2016, presentó reclamación ante la demandada respecto de su “*situación laboral*”, misma que fue resuelta en febrero de 2016, contando hasta el 1º de febrero de 2019, para presentar la demanda lo cual no sucedió, en tanto, se radicó el 10 de diciembre de 2020 (fl.53), siendo entonces esta última fecha la que interrumpió la prescripción de los derechos causados antes del 10 de diciembre de 2017, operando así la prescripción de las acreencias laborales generadas entre el 19 de marzo de 2009 y el 13 de julio de 2011, excepto las relacionadas con los aportes al sistema integral de seguridad social siendo de aclarar en este punto que sobre el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 y el 14 de julio de 2015, operó la cosa juzgada como se estudiará más adelante.

En efecto, respecto del periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 y el 14 de julio de 2015, operó la cosa juzgada, por las siguientes razones

1. Según el documento del folio 166 el demandante solicitó ante la Personería Municipal de Colon Génova Nariño, realizar audiencia de conciliación con la demandada bajo los siguientes hechos:

*“1 Solicito se realice audiencia de conciliación extrajudicial, requiriendo a la Cooperativa de Servicios Públicos Domiciliarios AGUACOLON, ya que laboré para la administración Publica Cooperativa de Servicios Públicos AGUACOLON, mediante contrato de prestación de servicios por un término aproximado de 4 años, sin ningún tipo de reconocimiento de prestación social alguna”*

*2. Desde hace ya un (1) año que no laboro como trabajador de esta entidad es mi deseo que la Administración Publica Cooperativa de Servicios Públicos de Colon AGUACOLON, me reconozca el pago de las prestaciones sociales a que tengo derecho, teniendo en cuenta que ya se realizó una primera audiencia de conciliación que resultó fracasada sin embargo, en este momento existe animo conciliatorio”*

3. El 15 de julio de 2016, se llevó a cabo la diligencia ante el Personero Municipal de Colón Nariño (fls.167 y ss), quien al encontrarse habilitado para ejercer la función de conciliador, según el artículo 28 de la Ley 640 de 2001, la partes decidieron conciliar sus diferencias por la suma de \$5.000.000, comprometiéndose la parte actora a desistir de presentar cualquier clase de renuncia y demanda en un futuro, dicha suma de dinero en efecto se canceló al actor en la forma como dan cuenta los folios 171-178.

De lo anterior, es posible concluir que las partes ahora en litigio conciliaron sus diferencias, respecto de los posibles derechos que se derivaban del periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 y el 14 de julio de 2015, pues la solicitud de conciliación fue presentada el 14 de julio de 2016, y allí se indica que hace un año el actor no labora para la demandada, siendo entonces para ese momento derechos inciertos y discutibles, los cuales de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del CST, resultaban conciliables, menos los relacionados con la seguridad social que al no haberse contemplado expresamente en el acta de conciliación antes referida, deben ser reconocidos al actor de conformidad con el artículo 40 de la CP.

Conviene advertir que dicha conciliación, se adelantó ante autoridad competente según el artículo 28 de la Derogada Ley 640 de 2001, pero vigente para esta época, y que en este proceso no se solicitó su nulidad, para que se deje sin valor y efecto dicho acuerdo, con las consecuencias que ello, conlleve, luego entonces, el demandante no podía adelantar acción judicial con el fin de revivir los asuntos conciliados, debido a que operó la cosa juzgada, sobre los contratos ya referidos, en tanto se reúnen los requisitos del artículo 303 del CGP, ya que existe, identidad de las partes, objeto y de causa, como verá a continuación.

#### **IDENTIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES.**

Con respecto al requisito de identidad de partes, se tiene que el mismo se cumple, pues en la conciliación actuó el demandante y la ahora demandada AGUACOLÓN ESP.

## **IDENTIDAD EN LA CAUSA.**

En lo que atañe a la identidad fáctica se tiene que ambos asuntos versan sobre los mismos hechos, esto es que laboró para la demandada mediante contratos de prestación de servicios sin que la demandada le haya cancelado las acreencias laborales que le correspondían, pues si bien se adicionan nuevos supuestos facticos, estos supuestos facticos no alteran la identidad de causa,

## **IDENTIDAD DE OBJETO.**

En relación con la identidad de objeto, o lo que es lo mismo la identidad en las pretensiones, se encuentra que lo solicitado en el acta de conciliación versó sobre el reconocimiento de acreencias laborales por el tiempo que laboró con la demandada, por aproximadamente 4 años, que para la Sala comprenden al menos entre el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 al 14 de julio de 2015, pues bien en el proceso que ahora se adelanta se pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 30 de mayo de 2017, ese periodo se encuentra contenido en ese lapso referido.

En ese orden de ideas y al encontrarse acreditados los requisitos previstos en el artículo 303 del C. G. de P, la excepción de cosa juzgada debía ser declarada respecto del periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 y 14 de julio de 2015, pues los hechos que fundamentaron la conciliación y las pretensiones de la demanda son idénticas existiendo correspondencia respecto a los sujetos procesales con las precisiones anotadas, por lo que se declarará probada la excepción de cosa juzgada sobre el periodo antes referido, razón por la que se modificará la decisión de la primera instancia.

## **APORTES DEJADOS DE CANCELAR POR EL EMPLEADOR A FAVOR DEL TRABAJADOR AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN Y REAJUSTE POR SUBCOTIZACION**

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 responsable de descontar el monto respectivo y trasladarlo a la entidad elegida por el trabajador junto con sus correspondientes aportes, por así disponerlo el artículo 22 de la misma ley, aportes que como lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son imprescriptibles e irrenunciables.

Ahora bien, al haberse acreditado que la entidad demandada, en su calidad de empleador no asumió la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social en pensión a favor del demandante, en el lapso en que se configuró la relación laboral, debe cancelar al fondo al que se encuentre afiliado el actor o al que se afilió el respectivo cálculo actuarial que esa entidad realice para que se reconozca el tiempo

de servicio prestado como cotizado -ver sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015- , esto es, del 19 de marzo de 2009 al 14 de julio de 2015, teniendo en cuenta como IBC el correspondiente al SMLMV para cada anualidad, según lo establece el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, excepto para los meses de julio y agosto de 2010, en los que según los contratos de folios 99 y 104 se acreditó una suma superior, esto es, \$800.000 mensuales.

Respecto de los aportes en salud y Arl, no se condenará a los mismos, dada la ausencia de prueba de gastos médicos o tratamientos en los que se viere incurso el trabajador, conforme a lo señalado en la sentencia CSJ SL3009-2017:

*“Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.*

*-Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.*

*Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica”*

Así las cosas, le asiste razón al apoderado de la parte actora cuando adujo que los aportes al sistema integral de seguridad social, no prescriben, por ello, se adicionará la sentencia en lo pertinente con un numeral cuarto.

### **COSTAS**

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P., dada la prosperidad parcial del recurso de apelación de la parte actora, hay lugar a condenas en costas en esta instancia a la demandada AGUACOLON ESP, en favor del demandante, en cuantía equivalente a 1 SMLMV, esto es, \$1.600.000.

Lo anterior, de conformidad con el Acuerdo PSSAA156- 10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera instancia.

En cuanto a las costas de la primera instancia, serán modificadas para en su lugar condenar a la demandada a pagar las mismas en favor del demandante, correspondiendo las agencias en derecho a la suma de 1SMLMV.

### **CONCLUSIÓN**

De conformidad con lo anterior resulta procedente modificar los numerales, segundo y cuarto de la sentencia, y adicionarla con un numeral quinto conforme se advirtió. 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: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, en audiencia pública llevada a cabo el 3 de febrero de 2022, objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído el cual quedara así:

*“**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por el Ministerio Público, respecto de las acreencias laborales causadas entre el 19 de marzo de 2009 y el 13 de julio de 2011, excepto respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en la forma que se explicó, y declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, en lo referente a las acreencias reclamadas sobre el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2011 al 14 de julio de 2015, con exclusión de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por la razones que expuestas en la parte considerativa de esta decisión”*

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Cruz el 3 de febrero de 2022, con un numeral **QUINTO** que será del siguiente tenor

*“**QUINTO: CONDENAR** a demandada **COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS AGUACOLON ESP, AGUACOLON ESP**, a realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, con base en el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2009 y el 14 de julio de 2015, teniendo en cuenta como IBC el correspondiente al SMLMV para cada anualidad, excluyendo los meses de julio y agosto de 2010, lo que se realizarán sobre un IBC de \$800.000. El respectivo cálculo actuarial, deberá consignarse en la cuenta pensional del demandante en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado o al que se afilie y de conformidad con el cálculo actuarial que realice el mismo fondo a solicitud de cualquiera de las partes interesadas*

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, en audiencia pública llevada a cabo el 3 de febrero de 2022, objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído el cual quedara así:

*“**CUARTO: CONDENAR** a la demandada **COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS DE GÉNOVA AGUACOL ESP**, a pagar las costas de este proceso, a favor del demandante, correspondiendo las agencias en derecho a la suma de 1 SMLMV. Tásense*

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, en audiencia pública llevada a cabo el 3 de febrero de 2022, objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada **COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS DE COLÓN GÉNOVA ACUACOLÓN ESP**, en favor del demandante **JAVIER**

**BENAVIDES GOMEZ.** En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en la suma total de \$1.160.000, que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera instancia.

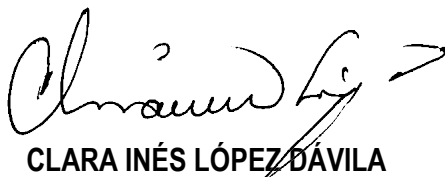
**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 040. 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**  
Magistrado

  
**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Ordinario Laboral No. 2019-00297-01 (498)**

En San Juan de Pasto, a los diecisiete (17) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **ROSARIO VILLALBA HIDALGO**, contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

**I. ANTECEDENTES**

**ROSARIO VILLALBA HIDALGO**, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**, a partir del 1º de noviembre de 1997. En consecuencia, solicitó se condene a **COLPENSIONES** a acogerla como afiliada del RPM y se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver la totalidad de los aportes efectuados por la demandante, incluyendo los bonos pensionales con la capitalización, indexación e intereses de mora. Adicionalmente, reclamó el pago de perjuicios materiales y morales causados a la demandante por parte de las AFP demandadas, y las cosas del proceso.

De manera subsidiaria solicitó se declare ilegal el traslado de la demandante por no cumplir con el requisito de permanencia mínimo 3 años para poder trasladarse de régimen, según el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **23 de marzo de 1960**. Que cotizó a la Caja de Previsión Municipal desde el 20 de febrero de 1992 hasta el 30 de octubre de 1995; al ISS a partir del 1º de diciembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 1997 y a Horizonte hoy Porvenir S.A. desde el 1º de noviembre de 1997 hasta el 31 de marzo de 2018. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de noviembre de 1997. Que PORVENIR S.A., realizó simulación de su pensión arrojando que a los 61 años de edad puede aspirar a una pensión equivalente a un salario mínimo. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 19 de marzo de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que mediante oficio de la misma data se abstuvo de dar trámite.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendarado 8 de agosto de 2019 (Fl. 65), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

**COLPENSIONES** en su defensa propuso como excepciones de fondo las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS e INTERESES MORATORIOS”. (Fls.269-280).

**PORVENIR S.A.** en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “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, “ y la “INOMINADA o GENÉRICA”. (Fl. 100-152).

Por su parte, el Agente del Ministerio Publico, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las

entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen (Fls. 77-82).

El juzgado de conocimiento el 1º de marzo de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

El Juez A Quo, el 12 de agosto 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada. Aclaró que en el evento que dichos dineros no alcancen para financiar la pensión de la actora, se condena a PORVENIR S.A. a consignar el faltante de sus propios recursos, y que para trasladar los dineros se concede 3 meses. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado de la demandante desde el RAIS administrado por PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción propuesta por PORVENIR S.A. denominada como ausencia de PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO. Absolvió de las restantes pretensiones a PORVENIR S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” a favor de COLPENSIONES. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fl. 416)

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

### **PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Manifestó que la información que brindo a la demandante en el momento del traslado fue la que se exigía para esa fecha y que de la declaración de parte de la demandante esta última solo recuerda lo que le conviene. Así mismo, aseguró que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los

gastos de administración, lo que no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos y se opuso a la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a la ley.

## **COLPENSIONES**

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con miras a que se revoque la decisión de la primera instancia, al considerar que el demandante no se trasladó al régimen de prima media en los términos previstos en la Ley. Además, resaltó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2810 de 2019, estableció que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones por tratarse de un contrato bilateral deriva la existencia de obligaciones recíprocas entre las administradoras de los fondos de pensiones y los consumidores financieros, de tal forma que el comportamiento del ciudadano denota el compromiso de éste de pertenecer al mismo. Advirtió que autorizar el traslado de la demandante al R.P.M.D, implica prohiar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente, mencionó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que si bien en el caso existió una sucesión procesal no se encuentra acreditado que con el traslado de régimen se hubiera causado un perjuicio en favor de sus beneficiarios.

## **II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

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

COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco la actora presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó se tenga en consideración la sentencia SL 2810 de 2019.

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

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

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

### **SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS**

#### **NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1997, proveniente de la Caja de Previsión Municipal- ISS administradores del RPM, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

En cuanto al formulario de afiliación aportado a folio 41, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

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

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A. realizado según el formulario el 7 de octubre de 1997, pero según el documento del folio 153, efectivo a partir del 1º de diciembre del mismo año, pues si bien en el caso bajo estudio la actora cotizó a CAJANAL –ISS entidades que administraban el RPMD, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, conclusión que no implica como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir, por ello, se adicionará el numeral primero de la sentencia en lo pertinente.

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

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021, con la precisión de que al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer*

*discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará la decisión de primera instancia en el anterior sentido ordenándose la indexación, respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

Conviene anotar que se suprimirá la decisión del Juez A Quo, que concedió 3 meses a PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales y demás conceptos, a COLPENSIONES, pues el cumplimiento de la sentencia se realiza a su ejecutoria, por lo tanto, se modificará el numeral segundo de la sentencia.

### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA**

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

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

### **EXCEPCIONES.**

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepción de fondo las de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO” y “BUENA FE”

respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

### **CONCLUSIÓN.**

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

### **COSTAS**

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente para cada una, esto es, la suma de \$2.320.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

### **III. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **ADICIONAR** el numeral **PRIMERO** y **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 12 de agosto de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **ROSARIO VILLALBA HIDALGO**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 7 de octubre de 1997 con efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año.*

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

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos y devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique*

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

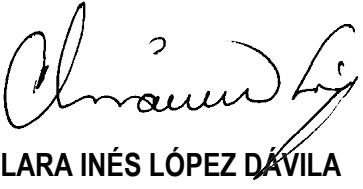
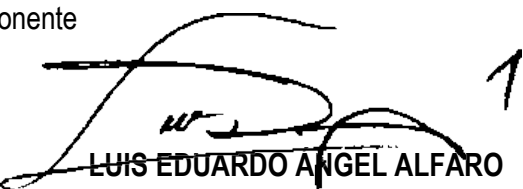
**SEGUNDO:** **CONFIRMAR** en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 12 de agosto de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO:** **CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000 para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 043. 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:

|                                                                                   |                                                                                    |                                                                                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  |  |
| <b>CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA</b>                                                    | <b>JUAN CARLOS MUÑOZ</b>                                                           | <b>LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO</b>                                                   |
| Magistrada                                                                        | Magistrado Ponente                                                                 | Magistrado                                                                         |

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Ordinario Laboral No. 2020-00082-01 (512)**

En San Juan de Pasto, a los diecisiete (17) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **RAQUEL CONCEPCIÓN SEGOVIA BURBANO** contra **PORVENIR S.A., PROTECCION S.A.**, y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

**I. ANTECEDENTES**

**RAQUEL CONCEPCIÓN SEGOVIA BURBANO**, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se decrete la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.**, y de **COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, producido a partir del 1º de abril de 1995. Consecuencialmente, solicitó se condene a **COLPENSIONES** a acoger como afiliada al RPM a la demandante y condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones, bono pensional con la capitalización e indexación, intereses de mora. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales causados a la actora junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **31 de enero de 1962**. Que cotizó y realizó aportes al ISS desde el 19 de septiembre de 1983 hasta el 23 de junio de 1993; Previnar desde el 28 de diciembre de 1992 hasta el 6 de febrero de 1995; a Horizonte hoy Porvenir SA y a

Colmena hoy Protección SA. desde el 1º de abril de 1995 hasta el 28 de febrero de 2019. Que Horizonte Pensiones y Cesantías, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de abril de 1995 y además fue trasladada entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS. Que PROTECCIÓN S.A., realizó simulación de su pensión arrojando que a los 57 años de edad puede aspirar a una pensión de \$877.803. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 22 de enero 2020, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que no fue resuelta.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 31 de julio de 2020 (fls. 66 parte 1), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

**COLPENSIONES** en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” entre otras. (Fls. 134-145 parte 1).

**PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** en su defensa propusieron las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “AUSENCIA DE DAÑO”, “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” (Fls.72 -121 y 149 parte 1 a 21 parte 2).

Por su parte, el Procurador 30 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. Propuso como excepciones las de “Improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones” (Fls. 64 -68 parte 2).

El 21 de abril de 2022, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 86-91 parte 3).

El Juez A Quo, el 14 de octubre de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. el 22 de julio de 1994, así como el efectuado a PROTECCION SA. el 30 de enero de 1998; el realizado a HORIZONTE el 28 de marzo de 2000 y finalmente el traslado automático a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR llevado a cabo el 11 de junio de 2001. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. y proporcionalmente con PROTECCIÓN, a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, comisiones primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Indicó que al momento de cumplirse esa orden los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que los justifique. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado de la demandante desde el RAIS, y si luego de ese ejercicio financiero aún existiera diferencia entre esta suma y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que la actora hubiere permanecido en el, PORVENIR S.A. deberá asumir dicha diferencia con sus propios recursos por la última entidad administradora del RAIS a la que estuvo afiliada la demandante.

Declaró probada la excepción propuesta por PROTECCIÓN S.A. denominada como ausencia de PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO. Absolvió de las restantes pretensiones a PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” a favor de COLPENSIONES. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. (Fls. 108-111)

## **RECURSO DE APELACIÓN**

### **PORVENIR S.A.**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que debe declararse probada la excepción de prescripción por ser el acto jurídico de traslado de naturaleza civil. Advirtió que de la prueba recaudada fue general y que se redujo al interrogatorio de parte de la demandante quien solo recuerda lo que le conviene, olvidando que recibió información clara y completa sobre el traslado. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos no puede acogerse de manera absoluta e indefinida, pues vulnera el derecho de defensa del fondo demandado. Así mismo, indicó que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtuvieron por quien administró el bien, quien desplegó un trabajo financiero especializado y profesional, advirtiendo que en caso de quedar incólume la decisión se acuda a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, se opuso a la condena en costas por cuanto su representada actuó de buena fe y asegura resultan excesivas.

## **TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.**

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

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

La parte actora, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, debido a que atendiendo los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia el régimen pensional no estuvo precedido de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

La demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Por su parte el Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la A.F.P. PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende manifestó que los argumentos esgrimidos por la A.F.P. PORVENIR S.A., no son válidos, y tampoco los referentes a que no se deben devolver los rendimientos financieros incluyendo los gastos de administración e incluso asumir el posible deterioro a que haya lugar. En consecuencia, solicita se confirme 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:

## **II. CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

### **SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS**

#### **NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

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

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

detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues del formulario de solicitud de vinculación o traslado suministrado por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y COLMENA hoy PROTECCION S.A., visibles a folios 40 y 41 parte 1, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que les competía tales como; ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por la Sra. PAULINA IBARRA CORTÉS, quien manifestó que cuando fueron compañeras de trabajo en el Colegio Liceo la Merced Maridíaz, asistió un representante del fondo privado, quien no les brindó una información clara ni precisa acerca de los alcances del traslado, tampoco se les explicó las incidencias del cambio de régimen pensional, ni se realizó una proyección del derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que, solo se les habló de las ventajas del RAIS.

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

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

Conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras en las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente

la Corte señala: “la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 1993 a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., declarándose la ineficacia del traslado que la demandante realizó según la contestación de la demanda presentada por PORVENIR S.A. (Fl.150 parte 1), ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 11 de febrero de 1995 con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año, así como el realizado a PROTECCIÓN S.A. el 29 de enero de 1997, con efectividad desde el 1º de marzo de la misma anualidad, pues si bien en el caso bajo estudio la actora cotizó al extinto ISS y a la Caja de Previsión de Nariño, entidades que administraban el RPMD, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, conclusión que no implica como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir, por ello, se modificara el numeral primero de la sentencia en lo pertinente, pues las fecha no resultan acertadas

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

2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, se le ordenará devolver a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. ante COLPENSIONES, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dichos fondos, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. Lo anterior para garantizar la devolución de todos los conceptos con destino a COLPENSIONES, entidad en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta. Se modificará la sentencia en lo pertinente.

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

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

#### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA**

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

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

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

### **EXCEPCIONES.**

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

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

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

### **CONCLUSIÓN**

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

a esta Sala modificar los numerales primero, segundo, tercero y sexto de la sentencia conforme se advirtió y, se confirmará la decisión en lo restante.

### **COSTAS**

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A., por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

### **III. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** MODIFICAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y SEXTO**, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), 14 de octubre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

***“PRIMERO: “DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante RAQUEL CONCEPCIÓN SEGOVIA BURBANO, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de febrero de 1995 con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año, así como el realizado a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 29 de enero de 1997 con efectividad desde el 1º de marzo del mismo año.***

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

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

*discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

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

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

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

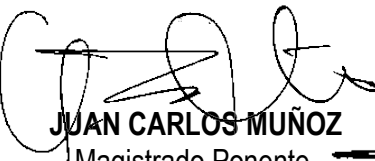
**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.320.000, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 042. 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:

  
**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**  
Magistrada

  
**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado Ponente.

  
**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. 2019-00113-02 (058)**

En San Juan de Pasto, a los diecisiete (17) días del mes de febrero 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 **OLIVA ROCÍO VALENCIA BURGOS** contra **JUAN ARCESIO ALVEAR MELO**, 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 profiere la siguiente **SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**OLIVA ROCÍO VALENCIA BURGOS**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de **JUAN ARCESIO ALVEAR MELO**, 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 a término indefinido desde el 1º de enero de 2010 hasta el 30 de mayo de 2017. Consecuencialmente, solicitó se condene al demandado a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales, indemnización y demás derechos consignados en el libelo introductor junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que con el demandado existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo verbal desde el 1º de enero de 2016 hasta el 30 de mayo de 2017, por virtud del cual desempeñó labores en la cocina y de servicios varios en una mina de oro ubicada en la vereda el Socorro del municipio de Samaniego de propiedad del demandado. Que realizó la actividad de forma personal, bajo la continua subordinación y dependencia del convocado a juicio. Que cumplía un horario laboral desde las 4:00 a.m. hasta las 7:00 p.m. de lunes a domingo y devengó como salario la suma de \$350.000. Que en vigencia de la relación laboral no le fueron canceladas sus acreencias laborales. Que el 30 de mayo de 2017, debido a las precarias condiciones de trabajo a las que fue

sometida tomó la decisión de renunciar, siendo esta última imputable a su empleador, configurándose un despido indirecto.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego mediante auto calendado del 6 de diciembre de 2019, admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fls. 29-31 parte 1).

Trabada la litis, el demandado **JUAN ARCESIO ALVEAR MELO**, a través de apoderado judicial presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, pues señaló que nunca existió una relación de trabajo, indicando que la demandante fue trabajadora de terceras personas, quienes ostentaban la calidad de medieros del demandante en la explotación de la mina de oro. En su defensa propuso las excepciones de mérito de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “PRESCRIPCIÓN”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA” y la “GENÉRICA” (Fls. 34-56 parte 1).

El Juzgado de Primer Grado el 28 de enero de 2021 llevó a cabo la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S., acto procesal que se declaró fracasado ante la falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, así mismo, se fijó el litigio y se realizó el correspondiente decreto de pruebas solicitadas por las partes (Fls. 85-88 parte 1).

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego los días 7 de mayo de 2021 y 3 de febrero de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró probadas las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “FALTA DE CAUSA” y “COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuestas por el apoderado de la parte demandada, en consecuencia absolvió al demandado de las pretensiones incoadas por la demandante a quien condenó en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

En síntesis, el apoderado de la actora solicitó se tenga en cuenta que conforme a las pruebas testimoniales practicadas en el juicio, se acreditó que existió un contrato laboral entre la señora Oliva Rocío Valencia y el señor Juan Arcesio Alvear, pues se presentan los elementos esenciales del contrato de trabajo, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario como retribución del servicio; aduce que no se tuvo en cuenta la declaración del señor Ezequiel Bolívar Díaz, mediante la cual se probó la prestación personal del servicio de la actora. Igualmente, considera que la sentencia viola directamente el artículo 36 del C.S.T, al desconocer que lo que existió en el caso fue una sociedad de personas, por ello el Juez A Quo, debía fallar en uso de las facultades ultra y extrapetita. Finalmente, solicita se revoque la sentencia en su totalidad y prosperen las pretensiones incoadas en el libelo genitor.

## **II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos sin intervención de las mismas.

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

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, le corresponde a esta Sala de Decisión definir i) si entre las partes se encuentran acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo; ii) en caso afirmativo estudiar la procedencia de las acreencias laborales e indemnizaciones reclamadas en la demanda y, iii) si existe la responsabilidad contemplada en el artículo 36 del C.S.T.

#### **SOLUCIÓN A PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

Parte la Sala por señalar, que el Juez A quo de conformidad con lo argüido en la demanda y la prueba recopilada en el transcurso del proceso, concluyó que no se acreditaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber, la prestación personal del servicio, la subordinación y el pago del salario como contraprestación del servicio, por parte del demandado, igualmente adujo que no se configuró la responsabilidad solidaria entre contratista y beneficiario de la obra o labor contratada, pues advirtió que los aparceros son contratistas independientes, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes o intermediarios del dueño de la mina; en consecuencia; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido.

#### **EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO**

Esta Corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 Código Sustantivo del Trabajo que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

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

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

## **PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO**

En cuanto a este elemento contractual esencial, en el sub lite el demandado al contestar la demanda negó la prestación personal del servicio por parte del demandante en su favor, pues manifestó que explota una mina de oro ubicada en la vereda “*El Socorro*” de su propiedad, labor que realiza con terceros los cuales se denominan medieros quienes contratan a los trabajadores incluida la demandante.

Al respecto, el testigo **EZEQUIEL BOLIVAR DIAZ** convocado por la parte demandante manifestó que fue socio o mediero con el accionado durante 9 a 10 años aproximadamente desde el 2009. Aseguró que el demandado contrató a la demandante para que trabajara en la finca “*El Socorro*” vereda del municipio de Samaniego (N), resaltando que cuando ingresó la actora ya se encontraba allí. Afirmó que no recuerda la fecha en que la demandante inició a laborar con el demandado y no conoce cuánto tiempo trabajó para él, pero menciona que fueron aproximadamente 7 a 8 años. Expuso que, las labores de la demandante eran cocinar para 16 o 17 personas y realizar labores domésticas. Aseguró que la demandante iniciaba a trabajar a las 4:00 o 5:00 a.m. y terminaba a las 8:00 p.m. Adujo que, junto con los otros medieros Sr. Gerován y Neicer, le pagaron salarios a la demandante aproximadamente por 6 meses, sin embargo; esta circunstancia no la acordaron con el demandado. Comentó que a la demandante le pagaban cada 5, 6 o 7 meses. Mencionó que el demandado daba órdenes en la mina. Finalmente, manifestó que el acuerdo realizado con el demandado consistía en que este último suministraba la remesa y los socios o a medieros contrataban a los trabajadores y le pagaban a la persona que realizaba las labores de cocina, circunstancia que acaeció durante el último año o algo más, según lo acordado con el demandando.

---

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

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

Por su parte, la testigo **MARIA ETELVINA LINARES MENESES**, manifestó que conoce a la demandante porque durante el tiempo que trabajó con el demandado le cuidaba a sus hijas. Afirmó que la demandante le contó que la contrató el demandado para trabajar en la mina. Informó que no recuerda la fecha en que la demandante inició a trabajar; sin embargo, menciona que trabajó ahí por 8 años. Adujo que visitó a la demandante en la mina aproximadamente cuatro veces, oportunidades donde observó que su función era cocinar el desayuno, el almuerzo y la cena para 17 trabajadores. Informó la testigo que el demandado le pagaba a la demandante cada 6 u 8 meses, pues a ella también le pagaba en ese momento. Expuso que, el demandado era el único que le pagaba salarios a la demandante. Finalmente, manifestó que en una visita a la mina, escuchó que el demandado le daba órdenes a la demandante sobre lo que tenía que cocinar.

Por su parte, el testigo **JORGE LENIS ESTRADA PANTOJA**, manifestó que trabajó como perforador en la mina de propiedad del demandado por 5 años, desde el 2011 o 2012 hasta 2016 o 2017 y fue contratado por los señores Bolívar, Nixon y Gerován, quienes eran medieros del demandado, resaltando que cuando ingresó la demandante ya se encontraba trabajando en la mina. Afirmó que a la actora le pagaban los señores Bolívar, Neicer y Gerován; no obstante, aduce que la contrató el demandado. Expuso que, la demandante cocinaba para 8, 15 o 17 personas aproximadamente y les cocinó a él y a sus compañeros durante 8 meses o 1 año en la parte de arriba de la finca. Informó que la demandante trabajaba desde las 4:30 a.m. hasta las 8:00 p.m. Aseguró que, el demandado suministraba la remesa y los medieros Bolívar, Nixon y Gerován contrataban a los trabajadores. Mencionó que todos los trabajadores, incluida la demandante, salieron de la mina porque se acabó la sociedad entre el demandado y los medieros. Indicó que los medieros y el demandado se repartían las utilidades por mitades. Manifestó que el demandado le daba órdenes a todos los trabajadores, y que conoce al Sr. Johnny Elias Morales, porque tuvo una “*especie*” de sociedad con el demandado, tiempo antes de que el testigo llegara a la finca.

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandado, manifestó que no contrató a la demandante para trabajar en actividades del servicio doméstico en su finca ubicada en “*El Socorro*”; sin embargo, aduce que fue contratada por sus a medieros Bolívar, Gerován y Neicer para la realización de dichas actividades. Señaló que la demandante cocinaba para los trabajadores de los medieros. Indicó que suministraba la remesa y herramienta, mientras que los medieros tenían la autoridad de contratar los trabajadores con el fin de repartirse las ganancias en un 50% para cada uno. Aseguró que nunca pagó salarios a trabajadores, sino que hacía convenios donde los medieros le otorgaban una renta. Indicó que no conoce el tiempo que trabajó la demandante en la mina, ni el valor de su salario y tampoco su forma de contratación. Señaló que en virtud de que los medieros terminaron su trabajo, la demandante también tuvo que salir. Finalmente, manifestó que nunca le dio órdenes a nadie en la mina.

En cuanto a los testimonios convocados por la parte demandada el testigo **JHONNY ELÍAS MORALES ALVAREZ**, manifestó que conoció a la demandante en el año 2010, cuando llegó a trabajar como mediero del demandado para explotar la mina de oro, resaltando que ella ya estaba trabajando ahí para los señores John Rodríguez y Roberto Rodríguez. Afirmó que Fernando Arias, Jorge y él

como medieros del demandado, le solicitaron a la demandante que cocinara para sus trabajadores. Adujo que, el demandado suministraba la remesa y los medieros contrataban de forma libre a los trabajadores y le pagaban a la persona que preparaba la comida, en este caso a la demandante, a quien le cancelaban su salario cada mes o cada dos meses por un valor aproximado de \$250.000 según la cantidad de trabajadores. Indicó el testigo que permaneció en la finca del demandado desde el 2010 hasta 2013, después se les acabó el frente de trabajo y salieron todos los trabajadores, incluida la demandante. Señaló que los medieros le daban órdenes a la demandante. Finalmente, manifestó que él y sus socios medieros Jorge Pantoja y Fernando Arias le entregaron a la demandante \$3.000.000 por concepto de liquidación por terminación de su trabajo.

Por su parte la testigo **MARY NELSY DÍAZ ALVAREZ**, convocada por la parte demandada, manifestó que los señores Gerován Morales y Bolívar Díaz la contrataron para trabajar en la mina y ahí conoció al demandado. Indicó que su función era cocinar para los trabajadores, actividad que realizó por 8 meses en el año 2013. Señaló que le pagaban \$300.000 y dicho pago lo realizaban los señores Gerován Morales y Bolívar Díaz. Adujo que, conoció a la demandante porque trabajaba en la otra cocina para otros medieros, entre los que se encontraba el señor Johnny Morales. Expuso que, no sabe quién le pagaba el salario a la demandante y tampoco cuando ingresó a trabajar en la mina. Manifestó que el demandado suministraba la remesa y los medieros les pagaban a los trabajadores y a la persona que cocinaba. Finalmente, mencionó que recibía órdenes de los señores Gerován Morales y Bolívar Díaz.

Por su parte la testigo **SEGUNDA EMERITA DÍAZ**, convocada a juicio por la parte demandada, manifestó que fue contratada por los señores Gerován Morales y Bolívar Díaz para trabajar en la mina por 1 año; sin embargo, no recuerda la fecha en que ingresó a laborar ahí. Indicó que no sabe quién contrató a la demandante, resaltando que ella ya trabajaba en la mina cuando ingresó. Señaló que quienes le pagaban el sueldo y le daban órdenes eran los señores Gerován Morales y Bolívar Díaz. Adujo que su horario laboral era de 5:30 am a 6:00 pm. Finalmente, expuso que era autónoma en su trabajo y sabía lo que tenía que preparar.

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con la demandante, manifestó que celebró un contrato de trabajo verbal con el demandado en el primer mes del año 2010. Afirmó que su labor era cocinar para los trabajadores. Indicó que trabajó en la finca hasta el año 2016, porque escuchó comentarios que no fueron de su gusto. Señaló que le pagaban \$300.000 y luego \$350.000, pagos realizados por el demandado y a veces por los medieros cada 4, 5, 6 o 7 meses. Expuso que, su jornada laboral era de 4:30 o 5:00 am hasta las 7:00 u 8:00 pm. Aduce que no recibió la suma de \$3.000.000 por parte del mediero Johnny como liquidación de su trabajo. Manifestó que recibió órdenes del demandado. Mencionó que conoció a los señores Johnny Morales, Pantoja, Arias Ezequiel Bolívar y Gerován en la mina porque eran a medieros del demandado. Aseveró que recibía salarios de los a medieros, entre ellos el señor Johnny. Afirmó que no fue contratada por el señor Johnny entre 2011 y 2013. Indicó que conoce que el demandado suministraba la remesa cada 15 días. Señaló que no le presentó carta de renuncia escrita al demandado y se retiró de forma voluntaria. Adujó que el demandado le daba órdenes, sin embargo; nadie le imponía lo que tenía que preparar.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba, la Sala no se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor del demandado en la forma como se alegó en la demanda, pues de los medios probatorios recaudados en el asunto de marras que conforman el haz probatorio, se logró confirmar que si bien la actora prestó servicios en la cocina en la finca de propiedad del demandado, también lo es que, ninguno de los testigos, ni siquiera los traídos por la parte actora dieron cuenta de que fuera el demandado la persona que la contrató, pues si bien los testigos EZEQUIEL BOLIVAR DIAZ, JOSE LENIS ESTRADA PANTOJA y MARIA LINARES MENESES, así lo afirman, ello no les consta en la medida en que no estuvieron presentes, por el contrario del relato de los dos primeros testigos se extrae que eran los medieros del demandado quien le cancelaban a la demandante por los servicios prestados en la cocina, así lo relató el Sr. EZEQUIEL BOLIVAR DIAZ, quien sostuvo que esta situación fue pactada con el demandado Arcesio Alvear Melo, y que se dio por un poco más de un año, aspecto que se corroboró con lo dicho por el testigo JORGE LENIS ESTRADA PANTOJA, quien manifestó que laboró para los Sres. Bolívar, Nixon y Gerovan, por aproximadamente cinco años, desde el 2011 o 2012, y fue enfático en asegurar que mientras trabajó en la explotación de mina ubicada en la finca del demandado, fueron los señores antes referidos quienes le pagaron a la demandante, situaciones que el testigo citado por el demandado, Sr JHONNY ELIAS MORALES ALVAREZ, confirmó, pues sostuvo que fungió como mediero del demandado desde el 2010 al 2013, y que junto con dos personas más le pagaban a la actora, comentando que el compromiso con el demandado y los medieros era que estos últimos pagaban a los trabajadores incluyendo a la demandante, ya que el convocado a juicio, únicamente suministraba la remesa y herramientas como compresores.

Ahora bien, en diligencia de interrogatorio de parte cumplida con la actora, aceptó que los medieros eran las personas que le remuneraban sus servicios.

En conclusión no es posible en el presente asunto aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del C. S. del T. y de contera declarar la existencia de un contrato laboral entre los extremos del contradictorio, pues como ya se advirtió y se reitera, la parte demandante incumplió con su carga probatoria de demostrar la prestación personal del servicio alegado en la demanda, ya que las pruebas antes referidas, dan cuenta de una posible prestación del servicio en favor de terceros (medieros), personas respecto de la cual huelga cualquier pronunciamiento pues no fueron vinculadas al trámite del proceso, en tanto, únicamente la demanda se dirigió contra el Sr. Juan Arcesio Alvear Melo.

Finalmente, conviene advertir que huelga cualquier pronunciamiento frente a la solidaridad prevista en el artículo 36 del C.S.T., que no fue solicitada en la demanda y planteada en el recurso de apelación, puesto que, al no acreditarse la relación laboral pretendida, resulta inane el estudio de la misma.

### **COSTAS**

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

del demandado por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente esto es, la suma de \$1.160.000 costas que 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 confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Samaniego (N), proferida el 3 de febrero de 2022.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego (N), objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

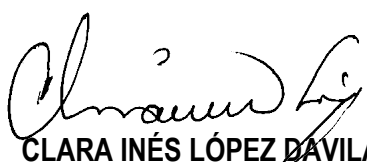
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandante **OLIVIA ROCIO VALENCIA BURGOS**, en favor del demandado **JUAN ARCESIO ALVEAR MELO**. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma 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 del C.G.P.

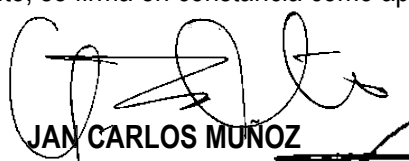
#### NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

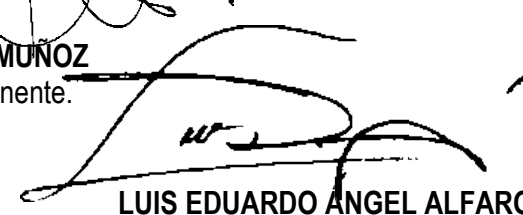
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 039. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro 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:

  
**CLARA INÉS LÓPEZ DAVILA**  
Magistrada

  
**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado Ponente.

  
**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado

1