



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diecinueve (19) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2018-00473-01 (503)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de pasto
Demandante:	Javier Ramos Valencia
Demandados:	- Protección s.a. - Colpensiones - Porvenir s.a.
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia.
Acta No.	216

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 7 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

JAVIER RAMOS VALENCIA, llamó a juicio a los fondos de pensiones reseñados con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado del RPM

al fondo privado PROTECCIÓN S.A. y de este a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., efectuado a partir del 1º de enero de 1995.

Que, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a devolver y a Colpensiones recibir, todas y cada una de las cotizaciones, el bono pensional con la debida capitalización, indexación e intereses de mora; además deprecena condena a cargo del fondo privado por perjuicios morales y materiales generados por el traslado de la RPM al RAIS; y, costas a cargo de las convocadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó en el RPM entre el 8 de abril de 1981 hasta el 16 de septiembre de 1982 a través de La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; que la AFP PROTECCIÓN S.A. promovió su traslado al RAIS a partir del 1º de enero de 1995, realizando aportes en este fondo hasta el 30 de septiembre de 1999, ulteriormente, desde el 6 de agosto de 1999 fue trasladado a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. Afirma que los citados traslados se dieron sin mediar asesoría idónea en materia pensional por los mencionados fondos privados, los que no le informaron con claridad que el valor de la mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones, omitieron indicarle que con el traslado perdía las ventajas pensionales del RPM, además, que esta entidad sería extinguida. Informa que el 12 de julio de 2018 PORVENIR S.A. realizó una simulación de pensión proyectando una mesada de \$781.242 y que, de continuar en el RAIS, esta disminuiría respecto al IBC con el cual realiza sus aportes. Manifiesta que, el silencio conveniente de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le ha ocasionado daños por verse obligado a permanecer en el RAIS y eventualmente recibir una mesada inferior a la que devengaría en el RPM. Señala que solicitó ante los fondos del RAIS y Colpensiones, la ineficacia del traslado obteniendo respuesta negativa.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PROTECCIÓN S.A.

Al contestar la demanda aceptó y negó unos hechos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo la egida que la vinculación a PROTECCIÓN S.A., fue un acto

válido en la medida que la decisión de traslado fue libre y voluntaria. Que, para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS persiguiera la posibilidad de regresar al RPM, dado que solamente veintiséis (26) años después de trasladarse demuestra inconformidad con su decisión.

Con fundamento en lo anterior formuló como excepciones de mérito; las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

- **DE PORVENIR S.A.**

Al ejercer su derecho de defensa demanda, frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a todas las pretensiones del libelo primigenio, argumentando que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida que el demandante suscribió solicitudes sucesivas de vinculación a distintas administradoras del RAIS y sus traslados y afiliaciones se hicieron mediante suscripción realizada de manera libre, consciente y voluntaria. Que, para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS persiguiera la posibilidad de regresar al RPM, dado que solamente veinte (20) años después de trasladarse demuestra inconformidad con su decisión.

Formuló como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, 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, innominada o genérica.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor y respecto a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones del libelo primigenio al considerar que tiene plena validez, por lo que no puede ser declarada ineficaz, en tanto la misma contó con la aprobación del actor y no se allega prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de las Administradoras del RAIS. Sostiene que el traslado no es posible, porque la solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Con fundamento en lo anterior, formuló las excepciones perentorias de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de la legitimación en la causa por pasiva, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 7 de septiembre de 2022, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado del demandante del RPM al RAIS a través de Protección S.A., el 14 de diciembre de 1994 y a Horizontes hoy Porvenir el 9 de septiembre de 1999 y que para todos los efectos legales el actor siempre permaneció en el RPM; ii) probadas las excepciones de imposibilidad de condena en costas formulada por Colpensiones y la de inexistencia de perjuicios propuesta por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN; y, no probados los demás medios exceptivos formuladas por las convocadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES: aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, las cuotas de administración, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidos por aquella y por las empresas con quienes luego se fusionó ; además por PROTECCIÓN S.A. a la que estuvo previamente afiliado, durante el tiempo que permaneció en el RAIS, debidamente indexados. Que, al momento de cumplirse esta orden, estos

conceptos sean discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el RPM y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Apoyado en criterios de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el actor estuvo afiliado al RPM y se trasladó al RAIS, que el fondo privado Protección S.A., no cumplió con la obligación de brindarle información clara, completa, cierta, comprensible y oportuna, induciéndolo en error al no explicarle las ventajas y desventajas del cambio de régimen; por lo que no cumplió con lo establecido en la normatividad vigente, ni el deber de información que tenía a su cargo, concluyendo, que ello da lugar a la ineficacia del acto de vinculación; aclarando que, esta se declarará respecto de todos los vínculos que ataron al actor con las administradoras del RAIS, esto es, con Protección S.A., Horizonte Pensiones Cesantías, hoy Porvenir, en razón a la fusión entre estas y, fundado en precedente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto¹, indicó que todas estas entidades deberán devolver los conceptos arriba reseñados durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado en ellas, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos. Señala que, respecto a la consolidación de daños o perjuicios morales y materiales no se demostraron por lo cual no hay mérito para condenar a las demandadas por este concepto.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se reveló la demandada **PORVENIR S.A.**, y en sustento de su inconformidad insiste que en este caso ocurrió el fenómeno de la prescripción del derecho para ejercer la acción destinada a lograr la ineficacia del traslado, dado que el plazo ha sido superado con creces, teniendo en cuenta que desde que se celebró el acto jurídico de afiliación hasta la fecha de presentación de la demanda, han transcurrido los términos para las acciones de carácter ordinario y extraordinario previstas en la normatividad civil.

¹ Sentencia del 31 de mayo del 2022 radicado 5201310 500120180045301(031),

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general del demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero, no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato válido, libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos.

Agrega que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, ni la más eficiente de las circunstancias que dieron lugar a la afiliación, porque existen otras que la rodean al momento de la afiliación.

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

Critica el acogimiento de la jurisprudencia especializada, para dar aplicación de la carga dinámica de la prueba, con lo que se afecta el derecho de defensa de la administradora, puesto que, con la sola afirmación del demandante de que no se le brindó información tiene garantizado el éxito del proceso, provocando desequilibrio de las partes, al no tener en cuenta las afirmaciones que hace la AFP en su defensa.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo que resultan improcedentes conforme lo reglado en el Acuerdo 10554 de 2016 emanado del CSJ, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriada el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso, las demandadas Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

PORVENIR S.A., en procura que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sea absuelta de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertada sobre las razones por las que considera que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los mismos reparos sobre los cuales sustentó en la alzada.

COLPENSIONES, con el propósito de derruir el fallo de primera instancia expone que el actor de ninguna forma previa y/o posterior de su traslado al RAIS y/o antes de cumplir los 52 años de edad, solicitó ante el extinto ISS hoy Colpensiones, algún tipo de asesoría frente a su situación pensional; que, el actor no acreditó la falta de información que atribuye a la AFP del RAIS, coligiendo que el traslado por el realizado al Régimen de Ahorro Individual goza de plena validez y por tanto no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia considera que debe declararse probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público, en su concepto, exhorta la confirmación de la sentencia en su integridad, con tal finalidad, trae a colación apartes de criterios jurisprudenciales y normatividad, y expone las razones por las cuales considera que la decisión de primer nivel en todo su contexto se ajusta a derecho.

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos. También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por la recurrente Porvenir S.A. y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno

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

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

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

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019:

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, de la historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.², se constata que el demandante cotizó en el I.S.S. hoy Colpensiones un total de 75 semanas, entre el 8 de abril de 1981 y el 16 de septiembre de 1982, quedando así evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios de traslado de régimen que obran en el plenario³ se extracta que el 14 de diciembre de 1994 el pretendiente suscribió su transferencia a PROTECCIÓN S.A., hecho que se corrobora del certificado de Asofondos⁴; y, que el 6 de agosto de 1999 firmó la mutación de esta entidad a HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., afiliación

² Folio 47/49 archivo 1.1.

³ Folio 13 archivo 15.1 y folio 1 archivo 8

⁴ Ver folio 2 archivo 15.1

que se hizo efectiva el 1º de octubre de 1999.⁵

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

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

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

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

En lo concerniente a la crítica que hace la recurrente Porvenir S.A. frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No.

⁵ Ver folio g1 archivo o8

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS a través de la Protección S.A., así como el realizado ante Porvenir S.A., acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁶, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiese existido.

De otro lado, la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual

⁶ CSJ SL-1688 de 2019.

porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

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

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

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

Así las cosas, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas por trasladar a COLPENSIONES, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración, por lo que la discusión al respecto no encuentra eco en esta instancia.

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Al margen de lo anterior, advierte el Colegiado que, si bien el A quo al irrogar la condena derivada de la declaratoria de ineficacia de traslado, lo hizo acogiendo el precedente contenido en la sentencia dictada por esta Corporación el 31 de mayo de 2022⁸, examinado el ordinal segundo de la resolutive de la sentencia de primer grado, el mismo no luce claro frente a los conceptos cuyo traslado le corresponde asumir también a PROTECCIÓN S.A., en tal virtud, resulta procedente aclararlo, precisando que PORVENIR S.A., deberá devolver proporcionalmente con dicho fondo, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez, que al solicitar el demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En cuanto a la discrepancia de PORVENIR S.A., frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar el monto de esta condena, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

⁸ Radicación 2018-00453-01 (031) M.P. Dr. Juan Carlos Muñoz

De la excepción de prescripción, en lo que atañe al reparo que hace Porvenir S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa este Colegiado que ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercerla acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*-, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, los argumentos traídos a instancia de esta recurrente no encuentran eco en esta instancia, en consecuencia, se secunda la decisión de primer grado de declarar no probada la precipitada excepción.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

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

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de su apelación, serán a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y se fijarán como agencias en derecho a su cargo la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – ACLARAR el ordinal **segundo** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 7 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso promovido por JAVIER RAMOS VALENCIA contra PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del señor JAVIER RAMOS VALENCIA a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con PROTECCIÓN S.A., las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique".

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

TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a Porvenir S.A. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo;

igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(En uso de compensatorio)

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



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

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diecinueve (19) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2018-00315-01 (355)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Oscar Eduardo Quintero Ortiz
Demandada:	Telmex Colombia S.A.
Asunto:	Se confirma sentencia apelada.
Acta No.	217

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por las partes contra la sentencia emitida el 19 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del reseñado proceso ordinario laboral.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

OSCAR EDUARDO QUINTERO ORTIZ, llamó a juicio a **TELMEX COLOMBIA S.A.**, para que se **DECLARE** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que terminó injustamente el 19 de abril de 2018 por decisión unilateral de la empleadora. En consecuencia, que se ordene a la demandada

a retractarse públicamente por los canales de información de la entidad informando que no incumplió la funciones; y, se la condene a cancelar indemnización moratoria (Art. 65 CST), indemnización por despido injusto, indemnización plena de perjuicios, estimada en 11.50 SMMLV por la pérdida de oportunidad laboral, engaño y simulación en el proceso disciplinario y las costas procesales. Adicionalmente, solicita que de determinarse que incurrió en tercerización ilegal, se ompulsen copias al Ministeri de Trabajo

2. Hechos.

Fundamenta sus pretensiones, en que fue vinculado a TELMEX COLOMBIA S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 7 de noviembre de 2017, desempeñaba los cargos y funciones que relaciona en los hechos segundo y séptimo de la demanda, destacando que las labores eran propias al cargo de Especialista Comercial Hogares, direccionadas por sus jefes directos BLANCA CELIS y JUAN OCHOA.

Indica que, en enero de 2018 le asignaron el cumplimiento de metas cuantificando número de instalaciones de servicios de internet y telefonía fija en hogares así: 358 para enero, 367 para febrero y 340 para marzo, y para ese efecto asignaron 6 asesores comerciales, cada uno debía cumplir con 25 servicios instalados mensualmente por lo que el demandante solo podía consumir 150 servicios por mes, generándose una diferencia significativa en meta asignadas y la capacidad laboral contratada y para cubrirla se le exigió dialogar con ICELL y COLECENTER, para que a través de intermediación laboral contraten personal para cumplir las metas asignadas, siendo solo el gerente de la primera quien colocó 5 asesores comerciales, lo que impidió que cumpliera con el 100% de las metas determinadas, que pese a esto, en enero de 2018 cumplió el 66%, en febrero el 78% y en marzo el 96%.

Informa que el 9 de abril de 2018 fue notificado del presunto incumplimiento de metas y requerido para el 10 de abril de 2018 a diligencia de descargos, en la que dejó en claro las razones de tal incumplimiento y el 19 de ese mismo mes y año, la empresa dio por terminado el contrato aduciendo justa causa; además que 15 de mayo de 2018 le consignó la liquidación laboral, retardando sin ninguna justificación su pago.

Refiere que el último salario devengado fue de \$2.381.000 más un salario variable promedio del periodo enero a abril de 2018 de \$1.075.787,75 para un

total de \$3.456.787,75.

2. Contestación de la demanda.

Al dar respuesta al escrito inicial, la convocada a juicio en relación con los hechos, aceptó la existencia del contrato a partir del 7 de noviembre de 2017 y la terminación unilateral del mismo a partir del 19 de abril de 2018. Respecto de los demás, afirmó que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a las pretensiones, argumentando que la relación que existió entre las partes terminó con justa causa por los incumplimientos de las metas asignadas al actor durante los meses de enero, febrero y marzo de 2018, lo que constituye una falta grave. Agrega, que tanto los hechos como las pretensiones de la demanda carecen de fundamento factico y jurídico y por ello no tienen vocación de prosperidad, por ello, tampoco habría lugar a condena en costas.

Propuso como excepciones previas las de falta de competencia e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones; y como de mérito, las de inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por incumplimiento de metas, pago, compensación, mala fe de la demandante, improcedencia del pago de la indemnización por despido injusto, prescripción, genérica, buena fe.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia celebrada el 19 de marzo de 2020, en la que declaró la existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de noviembre de 2017 y 19 de abril de 2018; y, probada la excepción denominada existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo expuesta por la demandada, y la condenó a pagar por sanción moratoria la suma de \$2.669.853, las costas del proceso, mientras que la absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a esta decisión, previa valoración del caudal probatorio, precisó que, se encuentra acreditado que al actor la empresa empleadora le fijó unas metas determinadas para el periodo comprendido entre enero y marzo de 2018, de las cuales tuvo pleno conocimiento, las que no se cumplió en un 100%, pues alcanzó un porcentaje inferior a las asignadas y conforme el contrato de trabajo, esta es una de las justas causas para darlo por terminado que, en

consecuencia, la pasiva logró demostrar la ocurrencia de la conducta atribuida en la carta de despido.

En lo atinente a la sanción moratoria, el sentenciador indicó que el actor tiene derecho a su pago, en tanto, el despido acaeció el 19 de abril 2018 y según lo probado en el proceso la liquidación, le fue consignada el 15 de mayo de 2018, vale decir, con 36 días retraso, debe tenerse en cuenta, que aunque a la fecha de presentación de la demanda la convocada no le adeudaba ningún concepto de prestaciones, si la empresa venía realizando diligencias para despedirlo, como fue el proceso disciplinario, debió prever lo necesario para cancelarlas al día siguiente del despido, sin que sea de recibo la justificación de la mora traída por la pasiva, basada en el análisis y estudio que debía hacer para determinar el valor de la liquidación, dado que, esto debió hacerse antes de pasarle la carta de despido, puesto que, el trabajador no puede ser víctima de esa imprevisión.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las partes, haciendo los siguientes reparos.

La parte demandante. Se duele de la falta de condena por indemnización por despido injusto, arguyendo que conforme el contrato de trabajo, el actor fue vinculado para diseñar estrategias de venta que aumenten la productividad de los asesores encaminados a cumplir indicadores o metas, no para vender; además que una estrategia no se diseña para ser evaluada y tener un 100% de cumplimiento; sin embargo, de un momento a otro le impusieron metas para evaluarlo mes a mes por acatamiento de metas por ventas, cuando las condiciones para ello eran paupérrimas y de imposible cumplimiento, en cuanto *-en otras palabras-* dependían de terceros para lograr el cometido; que, por lo anterior, es incoherente calificar como falta grave la inobservancia de las mismas. Refiere que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, en sentencia del 16 de diciembre de 2021, hizo referencia a la desproporcionalidad en el despido al exigir la perfección del trabajador en el cumplimiento de una actividad sin cerciorarse del contexto, en el que se desarrolla la actividad y que la proporcionalidad de una decisión de despido debe ser examinada en relación con las circunstancias particulares de cada caso y en este, no se hizo una interpretación adecuada frente al contexto laboral en que el trabajador ejecutaba su actividad.

De otro lado indica que el ingreso base para liquidar la indemnización por despido y la moratoria, debe ser la suma de las comisiones y el salario fijo, aplicando lo que resulte más favorable, sea con el promedio de los últimos tres meses trabajados en el 2018 o liquidando todo el tiempo laborado

La parte demandada. Discrepa de la condena a la sanción moratoria, al considerar que se probó en el proceso que durante la vigencia y la finalización de la relación laboral canceló al actor completa y oportunamente, los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias a las que tenía derecho. Explica que, como el demandante percibía salario fijo y variable, el sistema operativo de comisiones requiere de una validación de diferentes filtros, que deben realizarse internamente en el área de comisiones, lo cual hizo imposible reconocer de forma inmediata los valores o la totalidad de las causadas.

Indica que para la fecha de retiro del trabajador, el área de comisiones estaba verificando las comisiones efectivamente causadas en el mes de abril, toda vez, que paga la nómina los días 25 de cada mes, razón por la cual, una vez conocidas las comisiones adeudadas se pagó la liquidación final del actor lo más pronto posible. Que por esta razón es totalmente inoperante la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime, si se tiene en cuenta, que la misma no opera de forma automática y se encuentra condicionada a análisis de elementos subjetivos relativos a la buena fe.

Arguye que, si el contrato terminó el 19 de abril de 2018 y el pago de la liquidación se hizo el 15 de mayo siguiente, el tiempo es razonable, aclarando que corresponde a 26 días después de terminado el contrato, que no, de 36 como lo adujo el A quo.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso.

La parte demandante.

Solicita se revoque parcialmente el fallo de primera instancia y se condene a la pasiva a pagar indemnización por causación de despido sin justa causa, con ese

fin, trae un amplio catálogo de razones fácticas y probatorias por las que, a su juicio, considera que se configura despido injustificado.

La parte demandada.

Con el propósito de derruir la condena por sanción moratoria, sostiene que se encuentra acreditado al interior del proceso que realizó el pago de la liquidación en un tiempo razonable, siendo claro que desde el 19 de abril de 2018 al 15 de mayo de 2018 solo transcurrieron 26 días, siendo por tanto, inoperante para el caso en concreto la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime, si se tiene en cuenta que la misma no opera de forma automática y se encuentra condicionada a análisis de elementos subjetivos relativos a la buena fe.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en la apelación incoada por las partes. En consecuencia, nos plegaremos estrictamente la materia controvertida en el disenso.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo a los reparos concretos traídos por las partes para controvertir la sentencia de primer grado, corresponde a la Sala dilucidar:

¿Existen elementos de juicio para determinar que el despido unilateral por parte de la empresa empleadora estuvo precedido de justa causa?

¿Debió la demandada ser exonerada de la condena por sanción moratoria por haber efectuado el pago de la liquidación del contrato 26 días después de retirar al actor?

3. Solución a estos planteamientos.

De la indemnización por despido injusto.

Cuando se endilga terminación del contrato de trabajo injustificadamente,

corresponde al trabajador acreditar tal hecho, a su turno, al empleador le concierne la justificación del mismo¹, para este último efecto lo debe motivar, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo vertido en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T., así ha sido decantado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 17 de agosto de 2016², criterio que no ha perdido vigencia.

Descendiendo al sub iudice, ha de anotarse, que no existe discusión sobre la decisión unilateral de la empresa empleadora de poner fin al contrato laboral que la vinculó con el demandante, hecho acreditado con la carta de despido obrante a folio 50 del expediente. El quid del asunto que ocupa la atención del Colegiado, está orientado a verificar si dicha decisión estuvo precedida de justa causa comprobada por la sociedad empleadora como lo concluyó la A quo; o, si resultan plausibles los argumentos expuestos en la alzada del extremo activo de la Litis, para encontrar acreditado lo injusto del mismo.

Como quedó ilustrado en el itinerario procesal que antecede, el demandante enrostra la negativa de primera instancia de favorecerlo con la condena por indemnización por despido injusto, fundamentalmente, en que conforme el contrato de trabajo, fue vinculado para diseñar estrategias de venta que aumenten la productividad de los asesores encaminados a cumplir indicadores o metas, no para vender; cuestionando la imposición de cumplimiento de metas por la empleadora y aduciendo desproporcionalidad en el despido al no examinar el panorama en el que debía desarrollar a actividad.

Bajo estas coordenadas, luego de confrontar el haz probatorio, encuentra la Sala acreditado que, como consecuencia de un proceso disciplinario promovido en contra del demandante, la sociedad accionada adoptó la decisión de poner fin al contrato de trabajo invocando justa causa, decisión contenida en la carta de despido³ emitida por la empresa Telmex Colombia S.A. partir del **19 de abril de 2018**.

La referida misiva, **con la que el actor prueba el evento del despido**, además de contener la narración de los hechos, pone en conocimiento que los mismos encuadran en las causales de terminación del contrato de trabajo derivada del

¹ Esto quedo sentado desde la sentencia 38872 del 23 de marzo de 2011. M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina

² Sentencia del 17 de agosto de 2016. Radicado 48351 M.M. doctor Fernando Castillo Cadena

³ Folio 50 expediente escaneado.

incumplimiento de las obligaciones del trabajador, contempladas en el numeral 1º del artículo 58 del CST, los numerales 1º y 13 del artículo 44 del RIT y el literal o) de la cláusula 7ª del contrato de trabajo, en cuanto no cumplió con el presupuesto mensual de ventas y recaudos asignadas para los meses de enero, febrero y marzo de 2018.

Veamos entonces la descripción de las normas señaladas por el promotor del proceso, para determinar si la motivación se ajusta a las mismas, para luego verificar si el empleador cumplió con la carga de probarla.

Artículo 58 del CST, numeral 1:

"Son obligaciones especiales del trabajador: 1ª. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Numerales 1º y 13 del artículo 44 del RIT⁴, que regula las obligaciones especiales del trabajado:

"1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta TELMEX COLOMBIA S.A. o sus representantes, según el orden jerárquico establecido."

"13. Realizar sus funciones teniendo en cuenta los procedimientos y normas establecidos por TELMEX COLOMBIA S.A."

Literal o) de la cláusula 7ª del contrato de trabajo.⁵

"SÉPTIMA. - *Son justas causas para dar por terminado el presente contrato de trabajo unilateralmente por parte del EMPLEADOR y sin llamar a ceremonia de descaros; además de las previstas en el artículo 7º de decreto 2352 de 1965, la comisión de una cualquiera de las siguientes faltas que desde ahora las partes califican como graves: ("...") ". **o) El no cumplimiento de los presupuestos de ventas y/o recaudos fijados por EL EMPLEADOR**".*

⁴ Ver folio 230y 231 expediente unido

⁵ Ver folio 25 y ss expediente unido

Según consta a folio 43 del plenario, el actor fue citado a diligencia de descargos, en la que le fue anunciado el reseñado incumplimiento de las metas establecidas para los meses de enero, febrero y marzo de 2018, especificándole:

MES	META	VENTAS	% CUMPLIMIENTO
ENERO	358	237	66%
FEBRERO	367	287	78%
MARZO	340	328	96%

En el sub judice, reposa la diligencia de descargos⁶ rendida por el promotor del proceso, **el 10 de abril de 2018** en la que, frente a los cuestionamientos respectivos, respondió asertivamente que conocía el mínimo de ventas de servicios para los meses de enero, febrero y marzo de 2018, aceptó no haber cumplido el 100% de las metas y reconoció que dentro de su obligaciones tenía la de vender y cumplir el mínimo de ventas.

Así, ante la admisión del demandante del incumplimiento de las metas asignadas para ventas de servicios de enero a marzo de 2018, es claro que esta situación encuadra dentro de las causales señaladas en la carta de despido; de ahí que resulta aplicable lo vertido en el numeral 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1985, que prevé como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, "*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículo 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales, o reglamentos*".

De modo que aparte de las obligaciones y prohibiciones expresas que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, el empleador, según su propia realidad operativa y a partir de las particularidades y perfiles que exige la actividad contratada, le es dable fijar faltas o conductas sancionable y graduar el nivel de gravedad de las mismas, con miras a impedir su configuración. Dichas faltas pueden ser calificadas como graves y dan lugar a la terminación de la relación laboral, conforme la reseñada normativa, entre otras en el contrato individual de trabajo o reglamento interno de trabajo.

En este caso, como ya se indicó, en el contrato de trabajo las partes estipularon como *faltas* graves el no cumplimiento de los presupuestos de ventas y/o

⁶ Folio 4523 y siguientes, expediente unido anexo respuesta demanda

recaudos fijados por empleador y lo hicieron sin ningún cuestionamiento o condicionamiento al suscribir el contrato.

Implica lo anterior que el actor, aceptó el cumplimiento de metas, por lo que no es de recibo que traiga como mecanismo de defensa una incoherencia entre las funciones del contrato y las tareas asignadas, bajo la egida de haber sido vinculado sólo para diseñar estrategias de venta que aumenten la productividad de los asesores encaminados a cumplir indicadores o metas y no para vender, pues esto resulta un contrasentido, máxime cuando al momentos que le asignaron el porcentaje de las que debía cumplir, se avino sin reticencias, acatándolas sin reparos.

Y es que, precisamente el accionante estaba llamado a diseñar estrategias de ventas para cumplir con la productividad a través de los seis **(6) asesores de venta** que tenía asignados para ello, según lo afirmado en la demanda, lo que implica que él no podía insularmente divorciarse de tal compromiso; además, dado el caso, que sus estrategias no fueran lo suficientemente aptas para lograr la tareas impuestas, independientemente de las razones que hacían que se tornara imposible de cumplir, no debió esperar a que el empleador se percatara de la inobservancia de su obligación, sino que, como estrategia que era, en cuanto se percató de las condiciones negativas que en este juicio saca en cara para defender lo injusto de su despido, debió de inmediato ponerlas en conocimiento del empleador, para concertar una solución conjunta en pro de la empresa, pues su compromiso esencial era emplear todas sus habilidades encaminadas a persuadir a los clientes de acceder a los servicios de la compañía.

De cara a lo anterior, se registra comprensible que el tan mentado incumplimiento de metas haya sido calificado como grave en el contrato, dado que habiendo sido *–como en efecto lo fue en este caso–* consecutivo por tres (3) meses, a buen seguro conlleva repercusiones económicas en desmedro de la empresa, que básicamente depende de su clientela; y, como quiera que el despido obedece al aludido incumplimiento de metas medidas, periódicamente por el empleador y la configuración de la causal tan solo exige que el empleado no cumpla con los presupuestos de ventas y de esto no hay duda, tal cual lo confirmó el propio pretendiente, de contera, habilitó al empleador de ejercer la facultad de poner fin al contrato laboral con justa causa.

No sobra adicionar que, la decisión adoptada se produjo dentro de un término razonable contado desde el último mes evaluado, puesto que la diligencia de descargos fue citada para el 9 de abril de 2018 y realizada el día siguiente y en ella se indagó por los indicadores de los meses comprendidos entre enero y marzo de dicha anualidad, vale decir, fue en lapso exiguo, de cara, a la fecha de corte del periodo evaluado y las explicaciones que la empresa le pidió al trabajador; tampoco transcurrió más de un mes entre la diligencia de descargos y la fecha de entrega de la carta de despido, el 19 de abril del mismo año.

Por lo anterior, es dable concluir que en este caso se consolidó despido con justa causa, por lo que, no le merece a la Sala ningún reparo la decisión de la A quo, en tanto, negó el pedimento de indemnización por despido injusto.

En lo concerniente a la petición del actor, tendiente a que se tenga en cuenta para liquidar las indemnización por despido injusto (en caso de prosperar la alzada) y la moratoria el ingreso base, teniendo en cuenta las comisiones y el salario fijo, aplicando lo que resulte más favorable, sea con el promedio de los últimos tres meses trabajados en el 2018 o liquidando todo el tiempo laborado, la Sala responde que, examinados los medios de prueba acopiados al proceso en su integridad, no le es posible atender positivamente tal pedimento, dado que no se cuenta con suficientes elementos de juicios para entronizarse en el análisis pedido, esto en razón a que, se echa de menos probanzas que sirvan válidamente para establecer el valor de las comisiones, en los últimos 3 meses; y menos aún, durante todo el tiempo laboral.

De la sanción moratoria.

La discusión frente a esta figura jurídica radica en que la empresa convocada, sostiene que no proceda tal sanción en cuanto cumplió con el pago de los derechos laborales del trabajador y que lo hizo 26 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, tardanza que justifica aduciendo que el sistema operativo de comisiones requiere de una validación de diferentes filtros, para determinar su totalidad, y que ese tiempo es razonable para el pago de la liquidación del contrato de trabajo.

Al respecto, se precisa que nuestro ordenamiento el artículo 65 del CST,

modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, señala que los empleadores que omitan pagar las prestaciones y salarios al momento de finalización del vínculo laboral deberán pagar una indemnización moratoria; por tanto, el Legislador propugnó que la satisfacción de los créditos debidos al trabajador se efectuara concomitantemente con el finiquito del contrato, con más veras, cuando, como ocurre en el sub examine, tal determinación la adoptó insularmente el empleador.

Sobre el tema, jurisprudencialmente, en forma reiterada, se ha puntualizado que por ser de naturaleza sancionatoria, la sanción en estudio, no opera de forma automática y corresponde al operador judicial, analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de mala fe, pues solo la presencia de este último elemento abre paso al castigo, que se traduce en el pago de tal indemnización, de tal suerte, que si la demandada logra demostrar que, por motivos plenamente excusables de fuerza mayor o caso fortuito, no pagó con la claudicación del vínculo, las prestaciones sociales y los salarios pendientes al trabajador, podrá ser exonerada de la misma.

En este caso particular y concreto, se mantendrá incólume la condena infligida en la sentencia fustigada frente al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. De tal manera, que la Sala no comulga con el planteamiento esgrimido por la pasiva de haber pagado la liquidación final del contrato de trabajo en un tiempo razonable, habida cuenta que, habiendo finiquitado el ciclo laboral en abril 19 de 2018, estaba obligada a realizar el condigno pago a la terminación del contrato; con todo, pasaron 26 días desde esa calenda hasta tanto se satisfizo la cancelación de los créditos laborales al trabajador que despidió.

Al margen, habiendo el empresario asumido la extrema decisión de claudicar el contrato de trabajo a su empleado, a la sazón demandante, en este caso, lo mínimo que debía atender era tener lista la liquidación a su favor, empero no lo hizo, sin que exista una justificación aceptable, puesto que, habiendo adelantado la diligencia de descargos el 10 de abril de 2018, decidió ponerle fin al contrato de trabajo el 19 del mismo mes y año, esto es, 9 días después, interregno que se estima suficiente para organizar o prever el pago de la liquidación; más aún, cuando la propia convocada al juicio, afirmó al sustentar la alzada que cancela la nómina el 25 de cada mes; sin embargo, ese día del mes de abril no lo hizo con el actor, omitiendo cumplir con el salario y las prestaciones adeudadas, pese al claro conocimiento que tenía de tal

obligación; de haberle cancelado la acreencias adeudadas el 25 de abril, esa data, bien pudo tenerse como razonable, contando desde la fecha del despido; incluso, si lo hubiera realizado a más tardar el 30 de abril, dado que se encontraba dentro del ciclo de retribución.

De cara a lo anterior, el comportamiento de la convocada la hace acreedora a la sanción pecuniaria cuya imposición censura.

5. Costas

Dado que no prospera la apelación de ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se prescinde de imponer costas en esta instancia

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. -CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto el 19 de marzo de 2020, dentro del proceso promovido por **OSCAR EDUARDO QUINTERO ORTIZ** en contra de **TELMEX COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo

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



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(En uso de compensatorio)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diecinueve (19) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2020-00174-01 (351)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Guillermo Hernando Flórez López
Demandado:	Porvenir S.A.
Asunto:	Se confirma la sentencia apelada
Acta No.	218

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación que **Porvenir S.A.** interpuso contra la sentencia que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto profirió el 3 de junio de 2022 dentro del proceso que en su contra promovió el señor **Guillermo Hernando Flórez López**.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda

El accionante solicitó el reconocimiento y pago de la devolución de saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, considerándose la totalidad del capital y los rendimientos financieros, incluyendo el bono pensional "tipo A" correspondiente a los aportes que registra al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES, desde el 18 de septiembre de 1990 hasta el 30 de abril de 1995 y las costas procesales.

Hechos.

Como fundamento de sus pretensiones, *-en lo jurídicamente relevante-* indicó que la Secretaría de Educación Departamental de Caldas emitió la Resolución 5709-6 del 31 de Julio de 2017, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de una PENSIÓN DE INVALIDEZ, en tanto, por dictamen de PCL *-en firme-* se determinó origen laboral (accidente laboral), con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 89.00% y fecha de estructuración octubre 17 de 201. Informa que su retiro como docente fue legalizado a partir del 3 de noviembre de 2016.

Manifiesta que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el 18 de abril de 1995 de trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1º de mayo de 1995, donde cotizó hasta junio de 2008 un total de 370 semanas.

Sostiene que durante el tiempo laborado cotizó entre el ISS hoy Colpensiones y la AFP Porvenir un total de 593 semanas, las que no fueron tenida en cuenta en el reconocimiento de la pensión de invalidez, que dicho fondo privado cuenta con tales aportes que hacen parte de la cuenta de ahorro individual, los que se realizaron con la expectativa de acceder a la pensión de vejez; empero que, debido a su estado de salud, no le es posible seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

Cuenta que el 31 de agosto de 2017 solicitó ante Porvenir S.A. la devolución de saldos integral; a renglón seguido, hace un detallado y amplio relato de las vicisitudes derivadas de esta petición, la que en últimas quedó sin respuesta de fondo.

Advierte que en la ha Historia laboral que expidió PORVENIR el 1º de agosto de 2017 en la casilla referente al Bono Pensional Tipo (A) del RPM, registra un valor de \$39.676.145, indicando como fecha de redención junio 13 de 2026. Que al observar la historia laboral del 9 de julio de 2020, difiere de la antes reseñada, dado que en la casilla referente al Bono Pensiones Tipo (A) del RPM, registra cero pesos (\$) y frente a la fecha de redención estimada del mismo indica que no aplica; agrega que también existe una disminución de ocho (8) semanas de cotizaciones.

Contestación de la demanda

Al dar respuesta al escrito inicial, la convocada a juicio en relación con los hechos en que se fundamentan, aceptó unos y otros que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a las pretensiones, argumentando que la devolución de saldo no es procedente, en tanto, no se ha agotado el procedimiento para establecer si acredita la calidad de invalido de conformidad con lo establecido por la ley 100 de 1993 y que, hasta tanto no esté calificado por la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez bajo la normatividad del régimen de ahorro individual, es imposible hacer devolución de saldos, antes de los 62 años.

Explicó que, pese a existir un dictamen emitido por parte del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, no le es viable realizar un estudio pensional por invalidez con un dictamen que no le es oponible, dado que, en este caso se está ante dos regímenes diferentes que conforman el sistema de

seguridad social de pensiones, por lo que, no puede el demandante pretender conseguir una devolución de saldos en el RAIS con base en las mismas condiciones con las que fue pensionado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se encuentra pensionado por un régimen especial que no le es aplicable el sistema integral de seguridad social concebido en la ley 100 de 1993, siendo que este régimen maneja un manual de calificación diferente al establecido en el sistema general de pensiones, por lo que es necesario validar el cumplimiento del estado de invalidez con el Manual Único de Calificación aplicable al Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993.

En su defensa, formuló las excepciones de buena fe, petición antes de tiempo, imposibilidad legal del reconocimiento de la devolución de saldos, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la innominada.

Decisión de primera instancia.

Mediante sentencia del 3 de junio de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, declaró: i) que el actor tiene derecho a la devolución de saldos; y, ii) no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A. En consecuencia, la condenó a cancelarle la suma que corresponda, teniendo en cuenta además del capital aportado, la inclusión de los bonos pensionales, intereses y rendimientos pertinentes y las costas del proceso.

Para arribar a esta decisión, dejó en claro la posibilidad que el actor, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social conforme el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de prestar sus servicios también para instituciones privadas y adquirir pensión como docente del sector público y del privado; y, preciso sobre la compatibilidad entre la pensión de invalidez de origen profesional del demandante y la pretendida devolución de saldos, bajo la premisa que cada uno se nutre de

afluentes independientes. Respecto a la inoponibilidad que alega la convocada respecto de la calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por Medicina Laboral del Magisterio, arguye que carece de fundamento legal.

Destaca que la validez jurídica y técnica del dictamen que se expida en función de un accidente o enfermedad laboral de un docente no es cuestionable, y que el pago de la devolución de saldos, solo se encuentra supeditado a la evidencia del estado de invalidez, con fundamento en la cual, la entidad competente cancela la prestación económica periódica que para este caso será el dictamen expedido 18 de diciembre de 2019, que le determinó al actor un porcentaje de PCL del 89% el cual se encuentra en firme; que, por ende, los trámites adicionales a los que la accionada quiere someter al demandante resultan injustificables.

La apelación

La parte demandada apeló la anterior decisión y en sustento de su inconformidad manifiesta –*en síntesis*– que la devolución solo procede si se dan los presupuestos del artículo 72 de la Ley 100 de 1993, es decir, que habiendo sido el afiliado declarado inválido no cumple los requisitos adicionales para acceder a la pensión de invalidez. Además, cuando el capital acumulado destinado a una pensión de vejez, invalidez o muerte, no alcanza para su financiamiento y no hay posibilidad de continuar aportando al régimen, por lo que tal devolución es subsidiaria y excluyente de la principal referida al derecho o no a una prestación de carácter pensional.

Sostiene que el accionante no ha sido declarado inválido en el RAIS, por lo tanto, no cumple con los otros requisitos para que de manera alternativa y

excluyente se proceda a la devolución de los saldos, efecto para el cual, debe someterse a una nueva evaluación de su pérdida de capacidad laboral para establecer que ostenta la calidad de inválido frente al RAIS, porque no es posible realizar un estudio pensional por invalidez con un dictamen que no le es oponible por estar en la esfera de un régimen exceptuado conforme el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; además que, frente al mismo no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y que la forma como se efectúan aquellos dictámenes son sometidos a reglas diferentes que pueden dar lugar a niveles de calificación de invalidez diferente.

Trámite de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que admitió la apelación, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, derecho del cual hicieron uso las partes.

El demandante. Sostiene que el concepto de Calificación de Invalidez adicional que exige la AFP PORVENIR S.A., sería pertinente si se pretendiera una pensión de invalidez a cargo de la AFP. Pero es impertinente y absurdo ante el trámite y consecución de la devolución de saldos porque ésta procede por la sola existencia de una Pensión de Invalidez de origen laboral cuyo reconocimiento se basó en un Dictamen en firme que ha determinado como origen de los diagnósticos un "Accidente de Trabajo" adicionalmente a un Porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral superior al 50%.

La parte demandada apelante, examinado el escrito de alegaciones se detecta que, aunque lo datos de la referencia están acorde con el asunto

objeto de estudio, su contenido corresponde a un asunto completamente ajeno al que fue objeto de alzada.

III. CONSIDERACIONES

Consonancia.

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

Problema jurídico:

¿La pensión de invalidez de origen profesional, que la Secretaría de Educación Departamental de Caldas reconoció al actor es incompatible con la devolución de saldos reclamados a Porvenir S.A.?

Respuesta a este planteamiento.

La respuesta a este interrogante es negativa, por las razones que pasan a exponerse:

Sea lo primero precisar que están fuera de discusión los siguientes aspectos, que: (i) el demandante **previo a su ingreso al Magisterio ocurrido el 21 de julio de 2008**, realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, cotizando 223 semanas; así mismo, que a partir de mayo de 1995 y hasta junio de 2008, en virtud de traslado de régimen, cotizó en Porvenir S.A. 370 semanas, para un total de 593 semanas, que según consta en la historia laboral consolidada emitida por Porvenir fueron todas cotizada por el actor como dependiente de empleadores privados (Fl. 56 y ss expediente unido), y no fueron tenidas en cuenta para la liquidación de la pensión de invalidez reconocida por Secretaría de Educación Departamental

de Caldas, pues, para ello, **solo tuvo en cuenta el cumplimiento de 50 semanas cotizadas exclusivamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro de los tres años anteriores a la declaratoria de la pérdida de capacidad laboral** ; ii) que en la actualidad se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A. desde el 1º mayo de 1995 (ver folio 230); (iii) que el 30 de agosto de 2017 solicitó ante dicho fondo privado la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual (fls. 62/69), (iv)) se encuentra igualmente acreditado y sin controversia que en la actualidad el demandante está disfrutando de una pensión de invalidez como docente de vinculación Departamental a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según Resolución No.5709 del 31 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas (Fls. 27 y ss); y, v) Así mismo, que dicha pensión se otorgó con fundamento en la pérdida de capacidad laboral de origen profesional del actor en un porcentaje del 97% y fecha de estructuración 18 de octubre de 2016, según consta en el certificado recibido por Porvenir el 20 de marzo de 2018 (Ver folio 26) y que por vía de revisión de la invalidez, conforme el dictamen emitido por la misma entidad el 18 de diciembre de 2019, se estableció en el 89% (Ver folios 50/53)

Siendo entonces ciertas las anteriores situaciones fácticas, pasa la Sala a abordar el fondo del asunto, relacionado con la procedencia o no de la devolución de saldos a cargo de Porvenir S.A.

Para ese efecto, se memora que La Ley 100 de 1993, reguladora del Sistema de Seguridad Social, estableció en su artículo 279 como regímenes exceptuados de este, entre otros, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que, posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, este régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado y pasó a ser parte del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, para aquellos docentes que se vincularon al sector público a partir de la entrada en vigencia de dicho cambio

legislativo, vale decir, del 27 de junio de junio de 2003.

De allí, que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado con anterioridad a la fecha últimamente reseñada, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que eventualmente alcance a disfrutar en el sector oficial. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL3775- 2021 indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

Y en sentencia SL 1127 de 2022, la alta Corporación, precisó

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451- 2013), como sucede en el caso.

Descendiendo al caso de autos, tenemos que actor para el 21 de julio de 2008, data en la que el actor se vinculó al Magisterio, ya tenía efectuadas las 593 cotizaciones reseñadas en precedencia, en el I.S.S hoy Colpensiones y en la

AFP Porvenir S.A.

En claro lo anterior, entonces cumple destacar que las cotizaciones efectuadas por el demandante al ISS, hoy Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A., por servicios prestados a instituciones privadas, son disimiles a las realizadas durante el interregno de servicio que sirvieron de basamento para el reconocimiento de su pensión de invalidez en cabeza del Magisterio, por ello, forzoso es concluir, que no existe impedimento legal que neutralice el reclamo que ha postulado, orientado a la devolución de saldos ante el fondo privado de pensiones administrado por Porvenir S.A., porque los ahorros de su cuenta individual, cuya devolución deprecia, ninguna conexión tienen con las cotizaciones que auspiciaron la aludida pensión de invalidez del sector público, de modo que, no existe incompatibilidad con la devolución de saldos, incluido el bono pensional.

En este estadio, conviene aclarar que los recursos del fondo común de reparto simple derivados de los aportes efectuados por los afiliados al ISS, *-como en efecto existieron en este evento-* no adquieren la calidad de dineros o recursos públicos, dado que, lo que goza de tal naturaleza es el fondo mismo y no los aportes de los afiliados, los cuales tienen el carácter de recursos parafiscales, de suerte que, no se encuentran cobijados por la restricción del artículo 128 de la Carta Política. En ese sentido, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C – 378 de 1998.

De cara a la realidad fáctica y jurídica descrita, resulta estéril la discrepancia planteada por la pasiva, al aludir inoponibilidad y falta de validez del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que –como ya se dijo- sirvió de requisito para el reconocimiento pensional de actor por el ente público.

No obstante, no pierde de vista el Colegiado que, en su discurso, el censor predica, que en este evento, no se cumplen los presupuestos vertidos en el

artículo 72 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la devolución de saldos. Dicha normativa prevé:

"Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez."

Al respecto, debe decir la Sala que, no le asiste razón al recurrente, porque está demostrada la calidad de invalido que ostenta el promotor de la acción judicial. Tanto, que ello abrió paso al reconocimiento de la pensión en el sector oficial.

El Colegiado no comulga con los cuestionamientos que la apelante formula al dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral para los educadores afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, emitido por Medicina Laboral, respecto del demandante, y de contera, respecto a la necesidad que pregona de efectuar un nuevo dictamen bajo los lineamientos de la AFP Porvenir - RAIS, en la medida, que al replicar libelo inaugural no lo requirió. Es más, al contestar la demanda, específicamente el hecho segundo, mediante el cual se puso en conocimiento dicho estado de invalidez del actor, determinado por un 97% de PCL¹, la demandada lo aceptó como cierto, no controversió su contenido ni la veracidad del mismo, comentario que se hace extensivo a la respuesta del hecho 13, en el cual, se indica que el escrutinio

¹ "2. El 2 de noviembre de 2016 Medicina Laboral del Magisterio a través de la Especialista en Medicina del Trabajo Dra. MARTHA LUCÍA IZQUIERDO, emitió Dictamen para la Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral o del Estado de Invalidez en el que se determinó respecto al señor FLÓREZ LÓPEZ el 97% como porcentaje de Pérdida de su Capacidad Laboral, ORIGEN PROFESIONAL y fecha de estructuración 18 de octubre de 2013."

final dictaminó pérdida de capacidad laboral del 89%. En virtud, de esa conducta procesal, en la audiencia regulada por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el artículo 77 del CPT, nada se dijo sobre la necesidad de resolver sobre la practicar una nueva calificación de PCL.

Lo cierto es que, conforme lo probado en el plenario, el actor se encuentra en estado de invalidez, luego entonces, se cumple con el primer presupuesto que prevé la norma a la que se remite la censura en su propósito que se quebrante la sentencia de primer grado.

Complementariamente, refulge que el accionante en el seno del fondo privado demandado no satisfizo el numero de semanas requeridas por la ley para acceder a la pensión de invalidez; brilla por su ausencia, prueba de la que se pueda extraer que, dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, el demandante cotizó en Porvenir S.A., tal densidad. En contraste, fue pensionado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así, aflora el derecho a la devolución del saldo abonado por el actor en su cuenta de ahorro individual y los demás conceptos contemplados en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

En suma, no existen motivos atendibles para quebrar la providencia fustigada.

Costas.

Dado lo infructuoso del recurso de apelación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º y 3º del CGP, las costas en estas instancias serán a cargo de la demandada Porvenir S.A. Se fijan las agencias en derecho suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. DECISIÓN

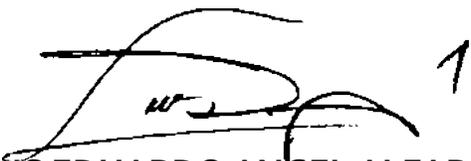
En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

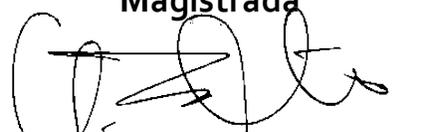
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario promovido por **Guillermo Hernando Flórez López** contra **Porvenir S.A.**

SEGUNDO. – COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Se fijan las agencias en derecho suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos, conforme a los señalado en la Ley 2213 de 2022. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.


LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(En uso de compensatorio)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.