



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

**Magistrado Ponente:  
Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	520013105003-2021-00274-01 (521)
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
<b>Demandante:</b>	Johana Marcela Montenegro Arteaga
<b>Demandado:</b>	Clínica Los Andes Pasto en liquidación
<b>Asunto:</b>	Se aclara sentencia apelada
<b>Acta No.</b>	329

**I. ASUNTO**

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia emitida el treinta y uno

(31) de octubre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso reseñado.

## **II. ANTECEDENTES**

### **Pretensiones de la demanda**

Johana Marcela Montenegro Arteaga demandó a la Clínica los Andes en liquidación para que se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido, iniciado del 1º de diciembre de 2011 al 14 de mayo de 2021, que terminó por decisión unilateral e injusta de la empleadora. En consecuencia, procura que se condene a la demandada a pagarle salario adeudado desde el 1º de agosto de 2020, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, dotaciones; indemnización por no pago de intereses a las cesantías, por despido injusto por no pago de salarios y prestaciones; así como los aportes para pensión y las costas del proceso.

### **Hechos**

Afirma la actora que fue vinculada por la convocada mediante contrato de trabajo a término indefinido iniciado el 1º de diciembre de 2011 y finalizado el 14 de mayo de 2021, fecha en que se le impidió el ingreso a su lugar de trabajo porque la entidad entró en proceso de liquidación, cumplió funciones de Terapeuta Respiratorio, bajo supervisión del representante del empleador y cumpliendo a cabalidad el horario impuesto, el salario fue de \$ 1.410.000,00. La entidad dejó de pagarle los salarios desde agosto de 2020 y de hacer los aportes a la seguridad social integral; además, no ha consignado las cesantías en un fondo; empero, maliciosamente cada mes le hace llegar la nómina del periodo efectivamente laborado, pero materialmente omite el pago respectivo.

### **Derecho de contradicción.**

Trabada la Litis la convocada no ejerció el derecho de defensa, por lo que en auto del 18 de marzo de 2022 el despacho cognoscente tuvo por no contestada la demanda.

### **Decisión de primera instancia.**

En audiencia celebrada el 31 de octubre de 2022, el Juzgado de conocimiento declaró ciertos los hechos 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º y 13º de la demanda, agotó las etapas del proceso, luego mediante sentencia declaró que entre las partes en contienda, existió un contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 1º de diciembre de 2011 y el 14 de mayo de 2021, fecha en la que terminó sin justa causa por el empleador.

En consecuencia, condenó a la convocada a pagar salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones compensadas, auxilio de transporte, indemnización por despido injusto y la moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del CST; además a hacer las cotizaciones para salud y pensiones y a cancelar las costas procesales.

Como fundamento de esta decisión, luego de valorar en conjunto los medios de prueba acopiados al proceso dio por demostrado el contrato de trabajo a término indefinido dentro de los extremos temporales señalados en el escrito inaugural, que la actora estuvo afiliada a seguridad social y que la entidad hizo aportes hasta septiembre de 2020, que la terminación del contrato fue injustificada, aduciendo que, el cierre de la empresa es causa legal pero no justa. Verificó como impagadas las cesantías desde el año 2018 hasta la fracción laborada del 2021, precisa que, al no contestar la demanda, no se acreditó su pago, tampoco el de salarios de agosto de 2020 a mayo de 2021, prima de servicios, vacaciones, aportes a la seguridad social desde septiembre

de 2020. Así mismo, encontró acreditado que la actuación de la entidad no estuvo precedida de buena fe, por tanto, le impuso el pago de sanción moratoria por no consignación de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones.

### **Apelación.**

La convocada al juicio apeló la sentencia; al sustentar, con la finalidad de derribar las condenas de indemnizaciones y/o sanciones, diserta sobre el principio de buena fe, dice que debió ser valorado para establecer probatoriamente la mala fe de la entidad, y que incumbía a la parte demandante tal demostración, pero no existe en el proceso probanza que valorada desde la sana crítica la acredite. Precisa que la A quo, debió analizar la situación del sistema de salud, velando por los derechos de una institución que ha sido la más afectada dentro de toda la cadena o último eslabón, dentro del sistema de salud de Colombia.

Explica que el pago de algunos trabajadores se efectuó porque no habían demandado y por ello pudieron hacer transacciones, en virtud de lo cual se les pagaba y terminaba la reclamación, lo que no fue posible con los que habían demandado, porque de acordar transacción esta debía ser avalada por el juzgado y por la congestión judicial este trámite demoraba 3 o 4 meses, debido a ello no podía hacer el pago de inmediato, como si se pudo hacer con quienes no demandaron.

De otro lado, afirma que la Clínica pago las cesantías de los años 2017, 2018 y 2019, y que si la A quo condenó fue por haber sido inducida en error judicial. Alega que la sentenciadora, bajo las facultades extra y ultra petita, bien pudo decretar pruebas y oficiar al fondo de cesantías para que corroboré el pago de las mismas.

Termina enfatizando que se postula la apelación para que se desatiendan las pretensiones en cuanto a pago de indemnizaciones y/o sanciones.

### **Trámite de segunda instancia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, admitido el recurso de apelación, se dispuso a correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual ninguna de las partes hizo uso.

## **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.**

De los reparos traídos por el censor, se extrae que discrepa de la condena por las sanciones moratorias reguladas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y el 65 del CST., en coherencia con ello, corresponde a la Sala establecer:

¿Existen suficientes elementos de juicio para establecer mala fe en el actuar de la demandada y por ende el consecuente pago de las indemnizaciones vertidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CST?

¿Debió la falladora de instancia en virtud de las facultades extra y ultra petita, desentrañar la prueba del pago de cesantías que alega el recurrente?

**Respuesta al primer interrogante.**

En el discurso argumentativo del recurrente, redundando en que no hay pruebas de mala fe de la entidad demandada, de cara al incumplimiento de sus obligaciones laborales con la actora; sin embargo, no hay asomo de razones atendibles y claras que justifiquen tal incumplimiento. Con todo, de dicha alocución se percibe que en forma muy generalizada y por demás ambigua, menciona un último eslabón del sistema de salud que ha conllevado a la liquidación de muchas IPS a nivel nacional. Así, confiando un entendimiento flexible a la sustentación, se extracta que la alegada buena fe, se finca en el déficit financiero de la entidad, llevó a la liquidación en la que ahora se encuentra la Clínica Los Andes, de modo, que esa contingencia la exima de las condenas indemnizatorias por no consignación de cesantías en fondo privado y el no pago oportuno de salarios y prestaciones.

Precisado lo anterior, la Sala, en aras de desatar la alzada hace las siguientes puntualizaciones.

**Criterios jurisprudenciales sobre la indemnización contemplada en el artículo 50 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias causadas, respectivamente, por la no consignación de cesantías a un fondo privado y el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas, ha enseñado que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. Así lo expuso en sentencia, SL 2833-2017, radicado 53793 del 1º de marzo de 2017.

En lo concerniente a la aplicación de dicha sanción, la alta Corporación, en sentencia SL 1885 de 2021 reiteró que la indemnización moratoria contemplada en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, de modo, que le corresponde al juez, en punto de su imposición, verificar la conducta del empleador para discernir si fue, o no, de buena fe.

Y en pronunciamiento del 6 de diciembre de 2022, nuestro órgano de cierre al referirse a la aludida sanción, acentuó: *"...esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la misma no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el vínculo laboral, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, así como la ausencia de consignación de las cesantías."*

Bajo esta línea de pensamiento, la alta Corporación<sup>1</sup> al referirse a la buena fe acotó que:

*"Se debe recordar que, acorde con la jurisprudencia, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del empleador frente a su trabajador que, en ningún momento, ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de integridad o pulcritud."*

Ahora, en lo que atañe a la problemática financiera de la entidad, que la llevó a la liquidación, que vagamente trae el censor como exculpación de la omisión de cumplir con el pago de los derechos laborales reclamados por la pretendiente, recuerda la Sala que la jurisprudencia especializada<sup>2</sup> ha sido enfática al sostener que las razones de tipo económico o de crisis financiera

---

<sup>1</sup> Sentencia del 21 de febrero de 2018, radicado 52.206

<sup>2</sup> Decisiones CSJ SL agosto 24/2010, radicado 38189, reiterada en la SL 1885 de 2021

no son atendibles para justificar el incumplimiento de las obligaciones laborales. Conservando pacífica esta postura, en sentencias SL3719 del 10 de octubre de 2022 (rad. 88746) y en la más reciente SL 624 del 22 de marzo de 2023 (rad. 90929), retomó el precedente contenido en la sentencia SL 845 del 17 de febrero de 2021 (Rad. 83444), en el que la alta Corporación reiteró su posición, indicando haber adoctrinado que la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, que debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

Ante el sólido criterio de nuestro órgano de cierre, referida a que la crisis financiera de una empresa, no solo no justifica la falta de pago de salarios y prestaciones, sino que debe acreditarse tal circunstancia, al auscultar en su integridad el expediente que conforma este proceso, se advierte total orfandad probatoria respecto a la debacle financiera que aqueja a la entidad; y, ello se cae de su peso, como quiera que la entidad al no contestar la demanda, perdió la oportunidad de allegar las pruebas que consideraba tener a su favor.

A propósito de la crisis económica que en este evento, la pasiva trajo como exculpación de su incumplimiento en el pago de prestaciones sociales a la accionante, es del caso memorar que este Tribunal, viene acogiendo la tesis de la reseñada jurisprudencia especializada, según la cual, *-se itera-* la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador, por mencionar algunos de los pronunciamientos de esta Corporación tenemos: sentencias del 17 de agosto de 2022, radicado 2019-00184-01, del 18 de noviembre de 2022, radicado 2020-00295-01, bajo la ponencia del Magistrado, Juan Carlos Muñoz y la más reciente, del 14 de marzo de 2023, radicado 2019-00540-01.

Así las cosas, se desecha como fundamento de la buena fe, la situación financiera de la convocada.

De otro arista, debe decir la Sala que, la reflexión que emite el impugnante, frente al pago efectuado a los trabajadores que no habían demandado bajo la égida que con ellos si podía hacer contrato de transacción, que no con los que demandaron, so pretexto que requería del aval del juzgado que por la cogestión judicial era demorado y esto impedía pagarles de inmediato, resulta a todas luces inaceptable, de forma, que antes de medrar en favor de la entidad, se redarguye en su contra, pues en ultimas, pone sobre el tapiz el trato discriminatorio dado a la actora, en tanto, reconociendo sin tapujos la deuda, no le ha deferido el pago a la misma, muy a pesar de haberlo hecho a otros de sus servidores.

Luego, no afloran razones valederas para levantar la sanciones pecuniarias infligidas por la sentenciadora de primer grado, la que, valga decir, además de desconocer válidamente la crisis financiera como motivo para incumplir con el pago de las obligaciones laborales por parte de la empleadora, destacó la presencia de un trato discriminatorio en contra de la demandante, en cuanto, la empleadora dispuso el pago a otros ex trabajadores de las acreencia laborales, a través de transacciones en los que no la tuvo en cuenta so pretexto de la existencia de un proceso judicial, lo cual no refleja buena fe.

Con todo, estando en claro que a cargo de la pasiva se encuentra el pago de la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, importa precisar que, los intereses a los que fue condenada en virtud de este dispositivo, a partir del mes 25 contado desde el 15 de mayo de 2021, es decir del 15 de junio de 2023, se deben

calcular sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones<sup>3</sup>; y, como quiera que las vacaciones en estricto sentido no constituyen una prestación social, el monto de las mismas deberá excluirse al momento de liquidar dichos réditos; por tanto, en estos términos, se aclarará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, precisando que, los intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del CST, a los que se condenó a la demandada a pagar a partir del 15 de junio de 2023, no proceden sobre la suma debida por concepto de **vacaciones**, respecto de este rubro, opera indexación.

### **Solución al segundo planteamiento jurídico.**

En este evento, la juez de instancia encontró probado que la demandada consignó cesantías a la actora hasta el año hasta el año 2017. Hecho que corrobora la Sala, al indagar el certificado expedido por el Fondo de Cesantías Porvenir que milita a folio 31 del archivo 01; sin embargo, la opositora, al sustentar la alzada enfatiza que las cesantías anteriores al año 2020, fueron canceladas, sin ningún respaldo probatorio.

Y es que no se puede perder de vista, que ante una negación indefinida frente al pago de prestaciones sociales como la que se advierte en los hechos del escrito genitor, a la luz del artículo 167 del CGP, se abre paso a patrocinar lo pedido por la recurrente, toda vez, que brilla por su ausencia en el plenario la condigna consignación de las cesantía en los años anteriores al 2020 como lo alega el opositor, carga probatoria que en virtud de la citada norma le incumbía a la entidad accionada, como no lo hizo, debe asumir el pago de los emolumentos objeto de reclamo.

---

<sup>3</sup> Sentencia SL 2411 del 28 de junio de 2022, Radicado 85889

## **COSTAS**

Dada las resultas de la alzada, acogiendo lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, se impone condenar en costas a la convocada Clínica los Andes S.A. en liquidación. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO-NARIÑO, SALA - LABORAL**, administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

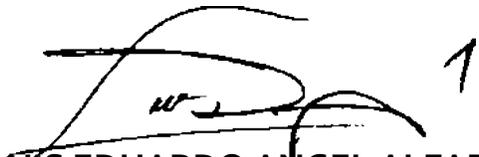
## **RESUELVE:**

**PRIMERO. ACLARAR** el ordinal segundo de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOHANA MARCELA MONTENEGRO ARTEAGA contra la CLÍNICA LOS ANDES S.A. en liquidación, en el sentido de precisar que los intereses moratorios causados a partir del 10 de octubre de 2021, no proceden sobre la suma debida por concepto de **vacaciones**, sobre este rubro opera indexación. Se confirma la sentencia en todo lo demás.

**SEGUNDO. – CONDENAR EN COSTAS** a la convocada Clínica los Andes S.A. en liquidación. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV.

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

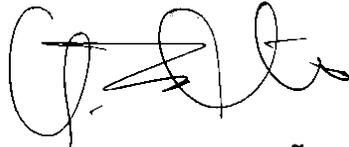
**CUARTO. -** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**  
Magistrado Ponente



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada  
*(Salvamento parcial de voto)*



**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado



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

Magistrado Ponente:

**Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	520013105002-2020-00159-01 (018)
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
<b>Demandante:</b>	Mercedes Del Carmen Souza Weich
<b>Demandados:</b>	- Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
<b>Asunto:</b>	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona.
<b>Acta No.</b>	325

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 14 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo 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.

**MERCEDES DEL CARMEN SOUZA WEICH**, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. y de Protección S.A.

Que, en consecuencia, se condene a cada una de las demandadas a devolver y a Colpensiones recibir, todas las cotizaciones, el bono pensional, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y gastos de administración debidamente indexados y a pagar las costas del proceso.

## 2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que la actora funda sus pretensiones se sintetizan así. Que inició su vida laboral en julio de 1982, realizando cotizaciones en el I.S.S. hoy Colpensiones interrumpidamente hasta el 21 de marzo de 1995, data para la cual prestaba sus servicios en la Secretaría de Educación Municipal, cuando asesores de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., ofrecieron mayor rendimiento a sus cotizaciones, con lo que alcanzarían sobradamente para su pensión, destacando grandes beneficios del traslado, por lo que decidió afiliarse firmando el formulario, pero que nunca analizaron su situación pensional, ni le informaron sobre las desventajas o situaciones contraproducentes que afectara la misma. Manifiesta que en las mismas condiciones de desinformación el 1º de abril de 2000, se trasladó a la AFP Protección S.A. Indica que entre 2010 y 2019 cotizó \$ 3.100.729 y 6.560.972, sin embargo, Protección S.A., cuantificó provisionalmente su mesada pensional, indicándole que al cumplir 60 años tendría derecho al salario mínimo legal. Que elevó reclamaciones administrativas para obtener la ineficacia del traslado, resultando infructuosas.

## 3. Contestaciones de la demanda.

### - 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 la 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 veinticinco (25) años después de trasladarse demuestra inconformidad con su decisión. Que no puede ser condenada a ninguna devolución, teniendo en cuenta que, al trasladarse a Protección S.A., con tal vinculación se trasladaron todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

#### **- 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 las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

#### **-DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, aceptó unos hechos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno de aquella al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante; empero que, de existir sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, se la exonere de costas a Colpensiones. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### 4. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 14 de octubre de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado a través de Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** probada la excepción de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó PROTECCIÓN S.A. a trasladar y a COLPENSIONES recibir la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; así como el porcentaje de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Advirtiendo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y que el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PROTECCIÓN S.A. Así mismo, condenó a este fondo y a PORVENIR S.A., a devolver, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración durante el tiempo en que la actora estuvo en los fondos privados, debidamente indexado y a pagar las costas del proceso.

Apoyado en basta jurisprudencial 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 la actora no era beneficiaria del régimen de transición, por no cumplir los requisitos del artículo 36 de la ley 100 del 1993; que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, a través de Porvenir y luego a Protección S.A. Manifiesta que los asesores de la AFP Horizonte hoy Porvenir, omitieron su deber de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante del RPM al RAIS, no realizaron un estudio individual de las condiciones particulares de la afiliada, una asesoría conforme a sus necesidades, no presentaron soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que

podía adquirir en el RAIS, en fin, no acreditó que se hubiera entregado un estudio serio, claro y completo para que hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual.

## 5. La apelación.

La interpuso el apoderado de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., aclarando que solo apela en nombre del primer fondo mencionado, discrepando de la condena impuesta en su contra referente a la devolución de los gastos de administración indexados, arguyendo no debió imponerse, toda vez que, si hipotéticamente la demandante hubiera decidido quedarse en el Régimen de Ahorro Individual, dichos gastos de administración no habrían sido parte de su mesada pensional pues nada tienen que ver con la misma y por ello, ahora no tienen porque serlo; además que son propios de la administración de los dineros de la accionante; en esa medida procura que se revoque específicamente la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver dicho rubro.

### III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Bajo el espectro 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, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, además el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

**La demandante.** Expone que de los medios de prueba no se avizora que Horizonte hoy Porvenir S.A. y Protección S.A., hayan cumplido con la obligación de suministrarle la información que le permitiera entender las consecuencias del traslado de régimen, de modo que se distanció del deber que le incumbía a la luz de los artículos 144 y 14 del Decreto 658 de 1994, deber del cual hizo referencia la corte Suprema de Justicia en sentencia SL 31989 del 9 de septiembre de 2008.

**Porvenir S.A.,** procura que se revoque la sentencia de primer apelada, en esa dirección en forma extensa diserta sobre las razones por las que considera que debe invalidarse, pero en últimas, sustancialmente, frente al reparo concreto que adujo en la alzada encaminado únicamente a que se revoque la orden emitida en su contra de devolver los gastos de administración.

**Colpensiones.** Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, con tal

propósito sostiene que, frente a la negativa de aceptar el retorno de la accionante, debe decirse que se encuentra conforme a Derecho, teniendo en cuenta que no existe prueba que acredite vicio del consentimiento, engaño y/o falta de información en el traslado de régimen por el cual optó, adicionalmente porque presento la solicitud cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, pues nació el 7 de julio de 1959 y la petición de traslado la elevo el día 17 de marzo de 2020.

**El Ministerio Público**, en su concepto aborda el caso concreto exponiendo las razones por las cuales estima que la decisión del A quo se ajustó a derecho en todos los aspectos que dieron lugar a la misma, en consecuencia, exhorta la confirmación de la sentencia, con la salvedad que debe ser adicionada para indicar que, la ineficacia también recae sobre el acto de traslado efectuado a la AFP Protección S.A.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. Consonancia**

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

##### **2. Problemas jurídicos.**

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

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

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene a Porvenir S.A., devolver los gastos de administración indexados, en proporción al tiempo que la actora estuvo afiliada en él?

### 3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

La forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma 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 discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

*"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los*

*regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de 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.

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

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.” “...”*

### **Caso en concreto**

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto en este caso, no se acreditó que a la promotora del juicio, previó a adoptar la decisión de mutar del RPM al RAIS, la entidades obligadas a ello, cumplieron con la carga de probar que le suministraron 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, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones<sup>1</sup> se constata que la promotora del litigio cotizó en este fondo interrumpidamente entre el 1º de agosto de 1982 y el 31 de marzo de 1995, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 39 y 41 del expediente<sup>2</sup> se extracta que el 21 de marzo de 1995 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.; y, que el 1º de abril de 2000 firmó formulario de traslado a Protección S.A., quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

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 procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la

---

<sup>1</sup> Ver folio 43 archivo 01

<sup>2</sup> Ver archivo 01

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto. Sin embargo, pese a que en el sub lite operaron traslados entre fondos del RAIS, esto es, entre Porvenir S.A. con Protección S.A. el cognoscente se limitó a hacerlo solo respecto de Horizonte hoy Porvenir S.A., guardando silencio respecto del traslado a Protección, S.A., por tanto, deviene la adición del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos privados.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que la convocada **PORVENIR S.A.**, enrostra la decisión de instarla para que proceda a la devolución de los gastos de administración, durante el tiempo que la pretendiente estuvo afiliada en él, desde ya, dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por ende, se secundará, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada<sup>3</sup>, 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, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

De otro lado, la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones

---

<sup>3</sup> CSJ SL-1688 de 2019.

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

Concretamente **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 de no hacer parte de la mesada pensional, 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 afiliados.

Es más, copiosamente la jurisprudencia especializada ha definido la obligación de devolver los aludidos gastos de administración, por citar alguna, traemos a colación la SL 5292 de 2021 en la que se precisó: *"Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"*

De otra arista, efectuado el estudio integral de la sentencia apelada y consultada, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de

trasladarse al RAIS estuvo afiliado al RPM a través del I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar.

Aunado a lo anterior, encuentra este Colegiado que, con atinó el cognoscente, dispuso la devolución de los gastos de administración indexados proporcionalmente al tiempo que la demandante estuvo afiliada en cada uno de los fondos del RAIS, sin embargo, lo propio en este caso, es que además de dicho concepto, también se ordene a Porvenir S.A., reintegrar los demás conceptos que fueron ordenados a Protección S.A., en la proporción que le corresponda de acuerdo al tiempo que la accionante estuvo afiliada en el mismo, tales como comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, 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 se trata de aspectos que favorecen a COLPENSIONES a favor de quien se surte la consulta; y, porque al solicitar la demandante en el *petitum* de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien 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.

#### 4. Costas

Conforme se desata el recurso de apelación formulados por Porvenir S.A., de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del CGP, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de esta entidad y a favor de

la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv.

## V. 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 de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por la demandada PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional a favor de COLPENSIONES dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **MERCEDES DEL CARMEN SOUZA WEICH**, el cual quedará así:

*"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 21 de marzo de 1995 por la demandante **MERCEDES DEL CARMEN SOUZA WEICH**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.719.239 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. S.A.; así como el traslado realizado entre esta AFP y PROTECCIÓN S.A. el 1º de abril de 2000"*

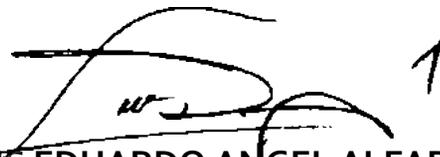
**SEGUNDO. – ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia reseñada, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar, en lo demás de conserva incólume.

**TERCERO. – ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., que además de devolver los gastos de administración en la forma dispuesta por el A quo, también traslade a COLPENSIONES, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que la actora permaneció afiliada, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO. - CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**QUINTO. - CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a 2 smlmv.

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



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**

**Magistrado Ponente**



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**

**Magistrada**



**JUAN CARLOS MUÑOZ**

**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. 520013105001-2020-00150 01 (198)**

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de septiembre 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, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **VILMA ZORAIDA MUÑOZ CERON**, 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**

**VILMA ZORAIDA MUÑOZ CERON**, 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.** En consecuencia, se condene **PORVENIR S.A.** a efectuar el traslado de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, el bono pensional sumas adicionales e intereses y la correspondiente indexación, sumas todas estas que deberá recibir **COLPENSIONES**. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a pagar las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al ISS, desde el 2 de abril de 1985 como trabajadora dependiente. Que **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del mes de febrero de 2001. Que **PORVENIR S.A.**, el 3 de septiembre de 2019, le informó que a la edad de 66 años y cuando acredite 1300 semanas, su pensión sería de \$2.380.400. Que solicitó ante las demandadas el traslado de régimen, el que le fue negado.

## **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 3 de agosto de 2020, 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 (Pdf No 10).

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 “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, entre otras (pdf No 15).

**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”. (pdf No 22).

El juzgado de conocimiento el 27 de septiembre de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas (Pdf No 36).

La Juez A Quo, el 14 de abril de 2023, 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. realizado el 19 de febrero 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. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones,

primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibida por ella, durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada con cargo a sus propios recursos. Precisó que, 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. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, si luego de ese 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 PORVENIR SA. deberá asumir dichas diferencias con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS, a la que estuvo afiliada la demandante, resultantes del traslado de la demandante desde el RAIS. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de IMPOSIBILIDAD DE CONDENACIÓN. Declaró no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR excepto la propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENACIÓN EN COSTAS” Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Pdf No 38).

## **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. Manifestó que la juez basó su decisión en la afirmación general de la demandante referente a que no se le brindó información, pues solo recuerda lo que le conviene y advierte que no se demostró que la voluntad de la actora estuviera viciada 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, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, siendo contradictorio el fallo. Indicó que la falta de información no fue lo único que provocó el traslado de la demandante. Adicionalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos, pues atenta contra el derecho de defensa de la demandada. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe, con apegó a las normas.

## **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 cierta, clara, suficiente y oportuna las consecuencias del mismo, por tanto, omitió su deber de asesoría y buen consejo, conforme lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia al respecto.

COLPENSIONES manifestó que no basta con que la demandante refiera la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, pues se debe realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad, por lo tanto, concluye que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia, solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se exonere a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

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.

Por su parte la Procuradora 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que 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, pues no le informó sobre las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la existencia de un régimen de transición, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos

propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso 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

---

<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 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*

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 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

---

*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)*

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 definir que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2001, proveniente del extinto ISS como se lee de los documentos que obran a folios 39 y 40 del pdf No 1, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirma la apoderada de la demandada le correspondía a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, 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, HORIZONTE hoy 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 del archivo pdf No 1, 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.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por la testigo Elizabeth Cabrera Ramos, quien fue la empleadora de la demandante en el año 2001, y comentó que esta última laboraba en la firma de abogados de su propiedad “ABOGADOS ASOCIADOS”, lugar al que concurrieron los asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y socializaron las ventajas que tenía el RAIS y las desventajas del extinto ISS hoy COLPENSIONES, comentándoles que en el RAIS podrían hacer aportes extras tendrían rendimientos altos que les permitiría alcanzar una pensión superior.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de HORIZONTE hoy 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, 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 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 denegarán los argumentos de la demandada PORVENIR S.A., confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, como quiera que la actora se encontraba afiliada al ISS, como dan cuenta los folios 39 y 40 del pdf No 1 y 2 del folios pdf No 23, entidad administradora del RPM, por ende, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, por virtud de la ineficacia declarada, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. S.A. el 19 de febrero de 2001, con efectividad según el documento visible a folio 2 del pdf No 23, a partir del 1º de abril del mismo año, conclusión que no implica una afectación financiera para COLPENSIONES, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma 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.

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 aclarará la decisión de la primera instancia, en el sentido de precisar que la indexación opera únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

### **EXCEPCIONES.**

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

### **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.

### **CONCLUSIÓN**

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES, le corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero de la sentencia por las razones anotadas y aclarar el numeral segundo de la sentencia 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 vigente, 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 **ACLARAR EL NUMERAL SEGUNDO**, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 14 de abril de 2023, objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

***“PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **VILMA ZORAIDA MUÑOZ CERON**, 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.**, realizado el 19 de febrero de 2001 con efectividad a partir del 1º de abril 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 PORVENIR S.A.** como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos y bonos pensionales si los hubiere, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y/o comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 14 de abril de 2023, 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. 342. 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

**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada

**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado



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

Magistrado Ponente:

**Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	520013105002-2021-00004-01 (025)
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
<b>Demandante:</b>	Martha Cecilia Rosero Cisneros
<b>Demandados:</b>	- Porvenir S.A. - Colpensiones
<b>Asunto:</b>	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona.
<b>Acta No.</b>	324

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito 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.

**MARTHA CECILIA ROSERO CISNEROS**, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP

Horizontes hoy Porvenir S.A.

Que, en consecuencia, se condene a las demandadas a devolver y a Colpensiones a recibir, todas las cotizaciones, el bono pensional, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y gastos de administración debidamente indexados, asimismo que sean condenadas a pagar las costas del proceso.

## **2. Hechos.**

Los hechos con relevancia jurídica en los que la actora funda sus pretensiones se sintetizan así: que inició su vida laboral en febrero de 1987, vinculada en diferentes Cajas de Previsión hasta agosto de 1990, alcanzando un total de 184,47 semanas cotizadas; desde el 24 de octubre de 2001 se afilió en Horizonte hoy Porvenir S.A., sin recibir asesoría sobre las desventajas del traslado, la información recibida fue que el I.S.S. se iba a acabar y perderían sus aportes, pero que en todo caso, el monto de la pensión sería más alto que el de esta entidad; pero nunca la informaron sobre los aspectos contraproducentes que pudiera afectar su situación pensional; sostiene que fue a través de mentiras que el fondo del RAIS la convenció de trasladarse del régimen pensional. Que recibió de PORVENIR S.A. una proyección de su mesada pensional arrojando como resultado que a los 57 años su mesada pensional sería de \$ 877.803,00, suma muy inferior a la que obtendría en el RPM.

## **3. Contestaciones de la demanda.**

### **- DE PORVENIR S.A.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, negó unos y dijo no constarle y que no afirma ni niega otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones insertas en el libelo inaugural, al considerar que la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo a que el traslado y afiliación de la actora a la entidad tiene plena validez, como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de quien, habiendo tenido durante 20 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, no lo permitían. Formuló excepciones, entre ellas, la de prescripción.

### **-DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, aceptó unos hechos y dijo no constarle otros; se

opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno de aquella al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por ende que se la exonere de costas a Colpensiones. Formuló excepciones, entre otras la de prescripción.

#### **4. Decisión de primera instancia.**

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 2 de diciembre de 2022, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado a través de la AFP Porvenir S.A., realizada el 24 de octubre de 2001, que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; ii) probada la excepción de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; así como el porcentaje de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Advirtiendo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y que el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., a la que además condenó en costas procesales.

Apoyado en basta jurisprudencial 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 la actora no era beneficiaria del régimen de transición, por no cumplir los requisitos del artículo 36 de la ley 100 del 1993; que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, a través de Porvenir S.A. Manifiesta que el asesor de esta entidad omitió su deber de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante del RPM al RAIS, no realizó un estudio

individual de las condiciones particulares de la afiliada, una asesoría conforme a sus necesidades, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el RAIS, en fin, no acreditó que se hubiera entregado un estudio serio, claro y completo para que hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual.

## 5. La apelación.

Contra la anterior decisión se reveló la demandada **PORVENIR S.A.**, y en sustento de su inconformidad inicia discrepando del manejo dado a la excepción de prescripción, bajo la egida que en este caso ha prescrito el derecho para ejercer la acción destinada a lograr la ineficacia del traslado, dado que el plazo ha sido superado con creces; además que, lo perseguido con la demanda es la inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico de naturaleza comercial, que no se debate la validez, la existencia o el reconocimiento de las prestaciones de carácter laboral o pensional.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general de la demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero que ella olvida que siempre se le brindó la información que era posible. Agrega que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, ni la más eficiente de las que dieron lugar a la afiliación, porque existen otras que la rodearon como son, la posición laboral, la formación académica, su situación personal y familiar las cuales no han merecido estudio ni consideración alguna por parte del despacho.

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 *—en otras palabras—* que se ordena devolución o traslado de 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, se debe acudir al principio de las restituciones mutuas y por ello estos deben ser reconocidos de manera ecuanime y correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Se opone a que en el evento de faltar recursos para financiar la pensión de la actora los debe asumir de su propio patrimonio.

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, ya que con la sola afirmación del demandante de que no se le brindo 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.

Por último, se opone a la condena en costas argumentando que resultan improcedentes conforme lo reglado en el acuerdo del CSJ, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

### III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones conforme lo dispone la ley 223 de 2022, derecho del cual hicieron uso la parte demandante y las demandadas, quienes, en síntesis, expusieron:

**La demandante**, exhorta la confirmación de la sentencia y que se desechen los puntos de apelación planteados por las demandadas, con tal propósito trae a colación un amplio discurso argumentativo, enfatizando de las pruebas no se avizora que PORVENIR S.A haya cumplido con la obligación de suministrarle la información que le permitiera entender las consecuencias del traslado de régimen, lo que conlleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información promulgado por la Corte Suprema de Justicia, en distintos pronunciamientos.

**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 diserta 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**. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, con tal propósito sostiene que, frente a la negativa de aceptar el retorno de la accionante, debe decirse que se encuentra conforme a Derecho, teniendo en cuenta que no existe prueba que acredite vicio del consentimiento, engaño y/o falta de información en el traslado de régimen por el cual optó, adicionalmente, porque presentó la solicitud cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, pues nació el 28

de mayo de 1965 y la petición de traslado la elevo el 26 de noviembre de 2020.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. Consonancia**

En obediencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia inserto en el recurso.

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

##### **2. Problemas jurídicos.**

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

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

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

¿Es ajustado a derecho disponer como efecto jurídico de la ineficacia del traslado el traslado al RPM de los rendimientos financieros, gastos de administración y seguros previsionales; además, ¿que en caso de existir alguna diferencia será Porvenir quien deba asumirla con cargo a sus propios recursos?

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

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

##### **3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.**

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al

momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Caso en concreto**

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró a la promotora del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, tampoco ilustró sobre las características de cada régimen 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 y para lo que interesa a este asunto, se constata de las certificaciones electrónicas de tiempos laborados – CETIL<sup>1</sup> y del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones<sup>2</sup>, que la demandante cotizó en el Régimen de Prima Media a través de diferentes Cajas y en Colpensiones, en forma interrumpida, por cuenta de distintos empleadores, desde el 1º de febrero de 1987 hasta el 30 de junio de 2000.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado

---

<sup>1</sup> FLS 38 y siguientes archivo 05 corrección de demanda

<sup>2</sup> FLS. 58 y siguientes archivo 05

al formulario de traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A.<sup>3</sup> se extracta que lo suscribió el 24 de octubre de 2001 y que, en el mismo se registró como administradora anterior al ISS hoy COLPENSIONES, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

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

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 a la accionante la información 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 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

---

<sup>3</sup> Folio 37 archivo 05

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

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

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos 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 especializada<sup>4</sup>, 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.

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

**En cuanto a los rendimientos financieros,** importa señalar que de conformidad con

---

<sup>4</sup> CSJ SL-1688 de 2019.

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 desempeño en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

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

del afiliado indebidamente trasladado.

**Frente a los gastos de administración,** si bien no se desconoce que tanto en el RPM 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 afiliados<sup>5</sup>. 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.

**En lo atinente al valor de las primas de los seguros previsionales,** este juez plural estima procedente la devolución de lo que la AFP demandada descontó de la cotización obligatoria de la demandante con destino a cubrir el valor de las primas de los seguros previsionales, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido, por eso es que la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización, por mencionar algunas traemos a colación, tal y como lo ha establecido en estos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, aspecto que trae la administradora del RAIS dentro de sus reparos.

Aunado a lo anterior, atinó el A quo, al disponer que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS,

---

<sup>5</sup> 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.

la suma correspondiente sea asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto, en tal razón en ningún desatino incurrió el cognoscente al disponer que dichas diferencias, de existir sean a cargo de Porvenir S.A.

De otra arista, efectuado el estudio integral del presente asunto, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió ordenar el traslado de los bonos pensionales que a buen seguro debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado en distintas Cajas de Previsión y en el I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar.

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 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 ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

**En cuanto a la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo,** no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

**De la prescripción propuesta por PORVENIR S.A.**

En lo que atañe al reparo que presenta PORVENIR S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que no tiene vocación de prosperar, porque los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

### **De las excepciones propuestas por Colpensiones**

Respecto de los medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas y la de inexistencia de perjuicios**, que con acertadas reflexiones el A quo declaró probadas, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la 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. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

### **6. Otras consideraciones.**

Al margen de lo anterior, en atención a que la abogada **JENNIFER DANIELA TOBAR MORILLO**, presenta renuncia a partir del 24 de julio de 2023 a la sustitución de poder a ella otorgada por la Firma Arellano Jaramillo & Abogados S.A.S, en su condición de Apoderada General de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que le fue conferida para actuar en representación de Colpensiones, por ser procedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código General del Proceso, se refrendará.

## **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. - PRIMERO. ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por la demandada **PORVENIR S.A.** del grado jurisdiccional a favor de **COLPENSIONES** dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **MARTHA CECILIA ROSERO CISNEROS**, en el sentido de ordenar a **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES**, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar.

**SEGUNDO.** - Se confirma la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO.- CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a **PORVENIR S.A.** Se fijan como agencias en derecho a su cargo, el equivalente a dos 2 smlmv.

**CUARTO. – ACEPTAR** la renuncia que la abogada **JENNIFER DANIELA TOBAR MORILLO**, presenta a la sustitución de poder a ella otorgada por la Firma Arellano Jaramillo & Abogados S.A.S, en su condición de Apoderada General de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que le fue conferida para actuar en representación de Colpensiones.

**QUINTO. - 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**



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**

**Magistrada**



**JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Magistrado.**



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

Magistrado Ponente:  
**Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	520013105002-2021-00312-01 (022)
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
<b>Demandante:</b>	Melva Lucy Montero Castillo
<b>Demandados:</b>	- Colfondos S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
<b>Asunto:</b>	Se resuelve consulta. Se adiciona sentencia
<b>Acta No.</b>	330

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, se resuelve sobre el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia emitida el 11 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones.

**MELVA LUCY MONTERO CASTILLO**, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. y de Protección S.A. el 21 de julio de 1994 y

1º de abril de 2000 respectivamente.

Que, en consecuencia, solicita que se condene a cada una de las demandadas a devolver y a Colpensiones, además de afiliarla al RPM, a recibir, la totalidad de los aportes ahorrados; y a pagarle pensión mensual vitalicia de vejez, bajo las mismas condiciones que le hubieran correspondido en el RPM; así mismo, a pagarle indemnizaciones, intereses, correcciones monetarias y/ cálculo actuarial a que haya lugar y las costas del proceso.

Subsidiariamente procura la accionante que se declare que las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A., son responsables por la inducción a error al momento de diligenciar su traslado al RAIS y del perjuicio económico a causado por esa misma causa. Consecuencialmente que sean condenadas a pagarle pensión mensual vitalicia de vejez, bajo las mismas condiciones que le hubieran correspondido en el RPM; de igual manera a pagarle, indemnizaciones, intereses, correcciones monetarias y/ cálculo actuarial a que haya lugar y las costas del proceso.

## **2. Hechos.**

Los hechos con relevancia jurídica en los que la actora funda sus pretensiones se sintetizan así. Que nació el 5 de septiembre de 1965, inició su vida laboral el 27 de enero de 1992, data a partir de la cual se vinculó al Sistema General de Pensiones en el I.S.S. hoy Colpensiones y se mantuvo hasta el 21 de julio de 1994. Que fue convencida por agentes comerciales de la AFP Colfondos S.A. para trasladar sus aportes al RAIS, en cuanto expusieron que podía pensionarse una mesada equivalente al 110% de sus ingresos al momento de su retiro y requisitos de edad y tiempo de cotizaciones menores a los exigidos en el RPM; ulteriormente, bajo similares argumentos expuestos por agencias comerciales de Protección S.A., se trasladó a este fondo con miras a obtener una mejor pensión, pero que al recibir una proyección pensional por parte de esta entidad, evidencio que lo argüido por tales entidades era falso, pues teniendo un IBL de \$ 2.403.203,00 su mesada ascendería a \$ 908.526,00. Indica que las AFP privadas jamás le informaron sobre las incidencias del cambio de régimen, ni le explicaron lo necesario para adoptar la mejor decisión, de modo que suscribió los formularios de afiliación bajo promesas alejadas de la realidad. Concluyendo que en su traslado de régimen hubo vicios en el consentimiento y carencia total de información. Informa que elevó reclamación administrativa

requiriendo su reingreso al RPM ante Colfondos S.A., Protección S.A., y Colpensiones, obteniendo respuestas negativas.

### **3. Contestaciones de la demanda.**

#### **- DE COLFONDOS S.A. y DE PROTECCIÓN S.A.**

Por conducto del mismo apoderado, contestaron la demanda, trayendo como mecanismo de defensa los mismos pronunciamientos frente a los hechos y las pretensiones. Frente a los primeros aceptaron y negó unos hechos, y dijeron no constarles otros. Se opusieron o a todas las pretensiones del libelo primigenio, argumentando que la vinculación a cada uno, esto es, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., tiene plena validez, por ser el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 27 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, ya no lo permitían. Sostienen que la única responsable de reconocerle la pensión de vejez debe ser la administradora a la cual se encuentra afiliada válidamente, pues bajo ninguna circunstancia se reconocen pensiones en forma solidaria entre diferentes administradoras de fondos de pensiones. Que, para la fecha de solicitud de traslado, le proporcionaron la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además la disponible para ese entonces. Con fundamento en lo anterior formularon las mismas excepciones que consideraron tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

#### **-DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, aceptó total y parcialmente unos hechos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno de aquella al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante; empero que, de existir sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, se la exonere de costas a

Colpensiones. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **4. Decisión de primera instancia.**

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 11 de noviembre de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado a través de la AFP Colfondos S.A., realizada el 21 de julio de 1994, que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** probada la excepción de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó PROTECCIÓN S.A. a trasladar y a COLPENSIONES recibir la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; así como el porcentaje de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Advirtiendo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y que el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PROTECCIÓN S.A. Así mismo, condenó a este fondo y a COLFONDOS S.A., a devolver, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración durante el tiempo en que la actora estuvo en los fondos privados, debidamente indexado y a pagar las costas del proceso.

Apoyado en basta jurisprudencial 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 la actora no era beneficiaria del régimen de transición, por no cumplir los requisitos del artículo 36 de la ley 100 del 1993; que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, a

través de Colfondos y luego a la AFP Colmena A & G hoy Protección S.A.<sup>1</sup> Manifiesta que los asesores de Colfondos S.A., omitieron su deber de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante del RPM al RAIS, no realizaron un estudio individual de las condiciones particulares de la afiliada, una asesoría conforme a sus necesidades, no presentaron soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el RAIS.

Contra la anterior decisión ninguna de las partes interpuso recurso de apelación. En tal razón, arriba al conocimiento del Tribunal para que se surta consulta a favor de Colpensiones.

### III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

**Colpensiones.** Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, con tal propósito sostiene que, frente a la negativa de aceptar el retorno de la accionante, debe decirse que se encuentra conforme a Derecho, teniendo en cuenta que no existe prueba que acredite vicio del consentimiento, engaño y/o falta de información en el traslado de régimen por el cual optó, adicionalmente porque presentó la solicitud cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, pues nació el 7 de julio de 1959 y la petición de traslado la elevó el día 17 de marzo de 2020. Agrega que del traslado que la demandante promovió entre las AFP demandadas, se colige la voluntad de permanecer en el RAIS.

**El Ministerio Público,** en su concepto aborda el caso concreto exponiendo las razones por las cuales estima que la decisión del A quo se ajustó a derecho en todos los aspectos que dieron lugar a la misma, en consecuencia, exhorta la confirmación de la sentencia, con la salvedad que debe ser adicionada para indicar que, la ineficacia también recae sobre el acto de traslado efectuado a la

---

<sup>1</sup> Explicó que la AFP COLMENA A&G la cual se transforma en pensiones y cesantías ING pensiones y cesantías que fue absorbida a través de la escritura pública 2086 del 26 de diciembre del 2012 por la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.

AFP colmena AIG ahora AFP Protección S.A.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. Del grado jurisdiccional de consulta**

La decisión de primer grado no fue objeto de apelación, de modo, que en observancia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 69 del C.P.T.S.S., por ser la sentencia adversa a Colpensiones, entidad en la que la Nación es garante, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta.

##### **2. Problema jurídico.**

Atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar, si la decisión del A quo de declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante del RPM al RAIS, se ajusta, o no, a la legalidad.

##### **3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.**

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

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma 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 discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

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

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de 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.

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

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." "..."*

### **Caso en concreto**

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto en este caso, no se acreditó que a la promotora del juicio, previó a adoptar la decisión de mutar del RPM al RAIS, la entidades obligadas a ello, cumplieron con la carga de probar que le suministraron 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, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones<sup>2</sup> se constata que la promotora del litigio cotizó en este fondo entre el 27 de enero y el 14 de septiembre de 1992, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

---

<sup>2</sup> Ver folio 81 archivo o6

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 56 y 57 del expediente<sup>3</sup> se extracta que el 21 de julio de 1994 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.; y, que el 1º de abril de 2000 firmó formulario de traslado a Protección S.A. (antes Colmena AIG), quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

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 procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y el consecuente traslado de todos los conceptos económicos a Colpensiones conforme lo dispuso, como quiera que analizada en su integridad la actuación procesal, clara y palmariamente se vislumbra que no es más que el reflejo del acogimiento de los criterios de nuestro máximo órgano de cierre, que esta Corporación también vienen adoptando en sus pronunciamientos, por tratarse de una sólida línea jurisprudencial; por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto. Sin embargo, pese a que en el sub lite operaron traslados entre fondos del RAIS, esto es, entre Colfondos S.A. con Protección S.A. el cognoscente se limitó a hacerlo solo respecto Colfondos S.A., guardando silencio respecto del

---

<sup>3</sup> Ver archivo o6

traslado a Protección, S.A., por tanto, deviene la adición del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos privados.

No sobra agregar que la postura de la A quo, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe recibir 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. Y siguiendo esta línea de pensamiento, en uno de sus más recientes pronunciamientos, precisó:

*"También se descarta una lesión al principio de sostenibilidad financiera, en tanto el efecto de la multicitada declaratoria es que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido; de allí, la subsecuente orden de reintegrar a Colpensiones todos los recursos, para el reconocimiento de la pensión conforme a las reglas del régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL 127-2023).*

De otra arista, efectuado con rigor el estudio de la sentencia consultada, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado al RPM a través del I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar.

Además, encuentra este Colegiado que, con atinó el cognoscente, dispuso la devolución de los gastos de administración indexados proporcionalmente al tiempo que la demandante estuvo afiliada en cada uno de los fondos del RAIS, sin embargo, lo propio en este caso, es que además de dicho concepto, también se ordene a Colfondos S.A., reintegrar los demás conceptos que fueron ordenados a Protección S.A., en la proporción que le corresponda de acuerdo al tiempo que la accionante estuvo afiliada en el mismo, tales como comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, indexados y con cargo a sus propios recursos.

Adicionalmente, evidencia la Sala que en la forma como fue redactado el

ordinal segundo de la sentencia, realmente se percibe que la indexación recae sin discriminación sobre todos los conceptos objeto de devolución dentro de los cuales están, están los rendimientos financieros; y, comoquiera que tal disposición resulta improcedente, en cuanto los aportes se devuelven con rendimientos, no hay lugar a indexación, pues ello conllevaría a una doble condena en lo que atañe a la actualización del valor económico. De modo que, se impone aclarar dicho ordinal, en el sentido de precisar que la indexación no opera sobre este rubro. En consecuencia, se aclarará el ordinal segundo de la sentencia, para precisar que lo que amerita indexación son: los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

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

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien 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.

#### 4. Costas

Sin lugar a condena en costas por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

### V. 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** de la sentencia consultada proferida el 11 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **MELVA LUCY MONTERO CASTILLO, contra** las AFP Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, el cual quedará así:

*"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 21 de julio de 1994 por la demandante MELVA LUCY MONTERO CASTILLO, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.731.587 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. S.A.; así como el traslado realizado entre esta AFP y PROTECCIÓN S.A. el 1º de abril de 2000*

*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. – ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia reseñada, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar. Además, se **ACLARA**, en el sentido de precisar que, la condena por indexación únicamente recae sobre los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

**TERCERO.- ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A., que además de devolver los gastos de administración en la forma dispuesta por el A quo, también traslade a

COLPENSIONES, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que la actora permaneció afiliada, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO. - CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**QUINTO. - SIN COSTAS**, al surtir el grado jurisdiccional de Consulta.

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



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**  
Magistrado Ponente



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada



**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
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. 520013105003-2022-00217-01 (194)**

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de septiembre 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, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **SONIA LUCINA SOLARTE PORTILLA** 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**

**SONIA LUCINA SOLARTE PORTILLA**, 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 del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.**, a transferir a **COLPENSIONES**, los aportes y saldos acumulados de la demandante, incluidos los rendimientos debidamente indexados, y se condena a las demandadas en costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de abril de 1961. Que realizó cotizaciones al ISS desde el 10 de diciembre de 1979. Que cotizó de manera interrumpida al extinto ISS como se lee en el hecho 4º de la demanda. Que cuando laboraba para el Banco Popular, **PORVENIR S.A.** sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al Régimen de Ahorro Individual a partir de marzo de 1999. Que el 1º de julio de 2009 realizó traslado al ISS, entidad en la que realizó cotizaciones desde esa data y por 9 años y 9 meses. Que **PORVENIR S.A.** mediante oficio del 16 de septiembre de 2013, le informa que se encuentra vinculada al RPM. Que el 13 de agosto de 2018, cuando solicitó la corrección de su historia laboral,

COLPENSIONES le informa que no se encuentra afiliada a esa AFP. Que el 29 de julio de 2019 se genera un reporte de semanas por parte de COLPENSIONES en el que se evidencian las cotizaciones recibidas por esa entidad desde marzo de 2009, sin que hubiera objetado la afiliación. Que el 1º de agosto de 2019 PORVENIR S.A., informa que la demandante no se encuentra afiliada a esa sociedad, pero el 8 de abril de 2021, certifica que si lo estaba. Que el 19 de enero de 2022, solicitó ante COLPENSIONES, el traslado de régimen, petición que le fue negada.

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

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendarado 12 de agosto de 2022 (fl.98), ordenó la notificación de las convocadas a juicio, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

**COLPENSIONES** en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS”, entre otras.(Fls. 102 y ss).

**PORVENIR S.A.** en su defensa propuso las excepciones de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “COMPENSACIÓN”, entre otras (Fls. 880 y ss).

El juzgado de conocimiento, el 5 de mayo de 2023, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 1º de marzo de 1999. En consecuencia declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y

bonos pensionales a que haya lugar, así como a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior y tener a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Declaró no probadas las excepciones de fondo presentadas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Condenó en costas a las demandadas (Fls.1146 y ss).

## **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 la afiliación de la actora realizada en el año 1999, es válida ya que estuvo precedida de la información pertinente y necesaria; además resaltó que la actora tuvo oportunidad de conocer las características y condiciones de su afiliación, pues advierte que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea sobre la ineficacia de traslado, en este caso no se dan los presupuestos para ello. Adicionalmente, manifestó que la razón por la cual solicita la ineficacia del traslado se deriva del monto de la mesada pensional, argumento que no es suficiente para que se concluya la falta de información. 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, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, de lo contrario se generaría un enriquecimiento injusto. De igual manera, indicó que tampoco debe ordenarse la indexación ya que se impone una condena doble y se revoquen las costas, por cuanto su representada actuó de buena fe.

### **COLPENSIONES**

Solicitó el apoderado de COLPENSIONES, se revoque la sentencia en lo relacionado con las costas impuestas a su cargo, pues sostiene que de habersele negado el traslado de la demandante en el año 2009, tampoco cambiaría la situación de la demandada, ya que para esa data el mismo no era legal ni jurisprudencialmente procedente, lo que no cambiaría la situación jurídica actual de la demandante, quien de igual manera debía acudir ante la jurisdicción ordinaria para solicitar la ineficacia del traslado.

## **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, 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 apoderada de la demandante, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en tanto, señaló que Porvenir S.A. no demostró haber proporcionado a la demandante información, clara, precisa, completa y comprensible que incluya los beneficios, desventajas y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

COLPENSIONES manifestó que no basta con que la demandante refiera la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, pues se debe realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad, por lo tanto, concluye que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia, solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se exonere a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

PORVENIR S.A. manifestó que al momento de realizar el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, cumplió con su deber de información, pues a través del formulario entregó a la actora la información necesaria y obligatoria. Asimismo, adujo que la demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por lo que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. Finalmente, mencionó que siempre obró con buena fe objetiva y ha buscado el beneficio de la actora, siendo improcedente la condena en costas. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

Por su parte la Procuradora 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que 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, pues no le informó sobre las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la existencia de un régimen

de transición, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, 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, establecer si la condena en costas irrogadas en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, resulta acertada.

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

---

<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)*

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, PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1999 proveniente del extinto ISS, entidad administradora del RPM, no cumplió con el deber de información, pues le correspondía 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 a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro

individual, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

En cuanto al formulario de afiliación aportado a folios 32, 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.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por los testigos TOMÁS FERNANDO HIDALGO SAÑUDO y ANGELA MARIA TORRES CABRERA, compañeros de trabajo en el Banco Popular, quienes comentaron que por parte de la dirección de esa entidad se les recomendó el traslado, dado que PORVENIR S.A. hacía parte del grupo AVAL. Informaron que se realizó una reunión general sin que se les proporcionara información completa ni clara, acerca de los alcances del traslado; tampoco se les explicó la incidencia del cambio de régimen pensional ni la proyección de su derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que solo se les manifestó que en ese régimen podían alcanzar una mesada 14 y que el ISS desaparecería.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor de la litis y 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 la demandada PORVENIR S.A., confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A. efectivo a partir del 1º de marzo del mismo año, según el documento visible al folio 946, ineficacia, 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 una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni al demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad 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 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., tal y como lo estableció la primera instancia, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021, con la precisión de que al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias

SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se confirmará la decisión de la primera instancia y la que ordenó la indexación respecto de las primas destinadas a los seguros 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 adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de establecer que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actora en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos.

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

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

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 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.

En cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, si bien en otros procesos se ha exonerado de las mismas por cuanto no tuvo injerencia en el traslado de la demandante al RAIS, también lo es que, en este caso mantuvo en error a la demandante desde el 1° de septiembre de 2009, cuando según documento del folio 37 aceptó el traslado de la actora pese a que como lo dice el recurrente no tenía derecho según los pronunciamientos jurisprudenciales ni legales; no obstante, recibió las cotizaciones de la actora hasta enero de 2019 (fls. 218 y ss), es decir, permaneció más de 9 años en ese fondo, y solo cuando la actora solicitó una corrección de historial, en el año 2018, para reclamar su pensión de invalidez, fue trasladada a PORVENIR S.A., lo cual para la Sala fue totalmente arbitrario, ya que había operado una afiliación tacita, aspecto que en este proceso no se planteó, por ello, las costas se mantendrán incólumes.

### **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 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, corresponde a esta Sala adicionar el numeral tercero conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

### **COSTAS**

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En 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 TERCERO**, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 5 de mayo de 2023, objeto del grado jurisdiccional de consulta, el que quedará así:

**TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todo los valores y conceptos descritos en el numeral segundo de la parte resolutive y tener al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En el evento de existir diferencias entre lo que debería haberse cotizado en el régimen de prima media y lo transferido por el 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”.**

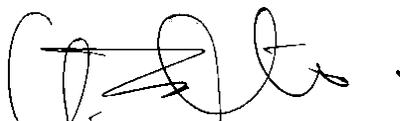
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 5 de mayo de 2023, objeto del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**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. 343. 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

  
**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada

  
**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Ordinario Laboral No. 520013105003-2019-00007-01 (311)**

En San Juan de Pasto, a los (7) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **MÓNICA MARIBEL ESCOBAR PÉREZ** contra **BINGOS CODERE S.A** 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**

**MÓNICA MARIBEL ESCOBAR PÉREZ**, a través de apoderado judicial, instauró Demanda Ordinaria Laboral en contra de **BINGOS CODERE S.A**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que debe aplicarse el principio de a trabajo igual salario igual, con respecto a los cargos de “*Jefe de Sala*” y “*Jefe Operativo*”. Consecuencialmente, solicitó se condene a la parte demandada a reconocer y pagar la diferencia en salarios, comisiones, trabajo suplementario, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, así como la indemnización por despido sin justa causa, junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 15 de mayo de 2006 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad BINGOS CODERE S.A, para desempeñarse como Asistente de Sala, cuya asignación salarial correspondía a un básico de \$642.000, que era cancelado de manera quincenal y un salario variable por concepto de comisión. Que mediante diferentes oficios y otro sí BINGOS CODERE S.A le realizó incrementos salariales entre los años 2007 y 2018. Que, en julio de 2011,

marzo de 2012 y mayo de 2013 la empresa empleadora le entregó formularios de evaluación de empleados DPT, en los cuales señaló algunos cambios en las funciones y responsabilidades del cargo de Asistente de Sala. Que el 2 de julio de 2016 celebró un otrosí modificatorio al contrato de trabajo, acordando que su cargo sería el de “Jefe de Sala” o “Jefe operativo”; no obstante, su remuneración no cambió. Que el 11 de julio de 2016 celebró otrosí modificatorio al contrato de trabajo acordando que su cargo, a partir del 2 de julio de 2016, sería el de “Jefe operativo Jr” conservando las mismas condiciones salariales. Que el 12 de septiembre de 2016 y 27 de octubre de 2016 solicitó información sobre su contrato laboral y cargo a la Coordinadora de Administración de Personal Nelly Yurany Comezaquira, pues la señora Adriana Marroquín, le informó que había ocurrido un error con el cambio de cargo a Jefe de Sala; sin embargo, se le informó que se estaba realizando una actualización de cargos. Que en evaluación de capacidades del periodo previsto entre el 1 de enero de 2017 y 31 de octubre de 2017 se indicó que su posición de trabajo era “Jefe Operativo” y no “Jefe Operativo Jr”. Que la señora Lorena Alexandra Granja Zambrano desde el 2007 hasta 2016 desempeñó el cargo de “Jefe de Sala” y a partir del 2016 el cargo de “Jefe Operativo”, devengando un salario mayor, pese a que si bien existía diferencia en la denominación en los cargos de “Asistente de Sala” o “Jefe Operativo Jr” y “Jefe de Sala” o “Jefe Operativo”, se desempeñaban en iguales condiciones. Que el 11 de septiembre de 2018 BINGOS CODERE S.A decidió dar por terminado el contrato laboral de forma unilateral y sin justa causa.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Pasto mediante auto calendarado del 6 de febrero de 2019 admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fl.637).

Trabada la litis, la empresa **BINGOS CODERE S.A** a través de apoderada judicial presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, pues señaló que la señora Mónica Maribel Escobar Pérez desempeñó el cargo de Asistente de Sala; sin embargo, posteriormente, por error la compañía le designó el cargo de Jefe Operativo, situación que fue corregida inmediatamente asignándole el cargo de Jefe Operativo Jr; igualmente, aclaró que la sociedad demandada canceló oportunamente los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones y la indemnización por despido sin justa causa a la demandante. Finalmente, adujo que la señora Lorena Alexandra Granja Zambrano era la jefe de la demandante, existiendo una marcada diferencia en las labores que realizaban y sus condiciones de trabajo, por tanto, no se configuran los presupuestos del artículo 143 del C.S.T. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS - COBRO DE LO NO DEBIDO”, “IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL Y DE LA RELIQUIDACIÓN PRETENDIDA POR LA APLICACIÓN DE DICHO PRINCIPIO”, “BUENA FE”, “PAGO”, “COMPENSACIÓN”, “PRESCRIPCIÓN”, “ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA”, “FALTA DE TÍTULO Y CAUSA EN LA DEMANDANTE” y la “GENÉRICA” (Fis. 100-118).

El Juzgado de Primer Grado el 23 de octubre de 2019 llevó a cabo la audiencia obligatoria 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, fijando fecha y hora para celebrar audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 1082-1085).

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto en los días 22 de junio de 2022 y 23 de junio de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró probada la excepción de fondo “IMPROCEDENCIA DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL”, propuesta por BINGOS CODERE S.A, en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

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

En síntesis, el apoderado de la parte actora manifestó que las funciones operativas, comerciales y administrativas que desarrollaban la demandante y la señora Lorena Alexandra Granja eran similares; sin embargo, el Juzgado sólo le otorgó valor probatorio a los documentos formales de la empresa y no tuvo en cuenta lo sucedido en la realidad, ello conforme a la prueba testimonial y al interrogatorio de parte practicado, pues si bien la demandante acepta y en los documentos se reconoce la existencia de un superior jerárquico, en realidad cumplía las mismas funciones administrativas que la señora Lorena Granja, con relación al manejo de caja, de personal y otorgamiento de permisos, de ello dieron cuentas los testigos Janet Viviana Rodríguez, Carlos David Acosta y Leidy Alejandra Cataño. Igualmente, manifestó que hay similitud entre las funciones realizadas por la demandante y la señora Lorena Alexandra Granja, en razón a que existía un sistema de turnos rotativos entre las dos trabajadoras, por ende, debían cumplir las mismas funciones.

Por otra parte, afirmó que existen contradicciones en las declaraciones de los testigos practicados a favor de la parte demandada, específicamente el de la señora Nelly Yurani Comezaquira con respecto a que la demandante no desarrollaba funciones de talento humano, la no delegación de funciones por parte de Lorena Granja y la inmediatez en el cambio de la denominación del contrato de trabajo; de igual manera adujo que existieron contradicciones en la declaración rendida por la señora Lorena Granja, en relación con la realización de funciones similares con la demandante por los turnos que tenían, la función del recaudo de dinero, el manejo de personal y el contacto con el socio gestor. De igual manera, señaló que el testimonio de la señora Leidy Alejandra Cataño es contradictorio en cuanto cumplimiento de funciones similares entre la demandante y la señora Lorena Granja y los reportes por cada turno; también aseguró que existe incoherencia en la declaración de Marco Antonio Hoyos en relación al recaudo de dinero y el contacto que tenía con la demandante. Asimismo, expresó que se deben dejar de lado los testimonios de los señores Lorena Granja, Leidy Alejandra Cataño, Marco Antonio Hoyos y Nelly Comezaquira, al ser empleados de la sociedad demandada y existe parcialidad en su declaración. Finalmente, afirmó que se logró demostrar que la demandante cumplió funciones similares con la señora Lorena Granja y tenían iguales responsabilidades, por tanto, no existió un factor objetivo de diferenciación en los cargos.

## 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 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan a continuación.

La parte actora, solicitó se revoque la sentencia proferida por la A Quo, ello en virtud a que la empresa demandada no demostró que el trato diferenciado entre la demandante y la señora Lorena Alexandra Granja estuviera basado en factores objetivos de diferenciación como lo establece la jurisprudencia, contrario a ello, se demostró que desempeñaban el mismo cargo, funciones y responsabilidades, pues solo se diferenciaba por la denominación del mismo, y en la estructura organizacional establecida por la empresa BINGOS CODERE S.A, por tanto, en la relación laboral que existió entre las partes debe aplicarse el principio de a trabajo igual, salario igual.

La demandada, BINGOS CODERE S.A., solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, en razón a que tal y como lo manifestó la Juez A Quo, se logró demostrar que la demandante y la señora Lorena Granja no tenían el mismo cargo, mismas funciones y nivel de responsabilidad, pues la demandante tenía una función de apoyo y sus actividades debían ser reportadas a su jefe inmediato la señora Lorena Granja, en virtud de ello la diferencia salarial obedece a un factor objetivo.

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

### CONSIDERACIONES

#### PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y en aplicación del principio de congruencia dispuesto en el artículo 66 A del C. S. del T. y de la S. S., la Sala de Decisión debe analizar si en la relación laboral que existió entre las partes debe aplicarse el principio de “*a trabajo igual, salario igual*”, ello respecto a los cargos de Jefe de Sala y Jefe Operativo, en caso de ser procedente, se analizará si hay lugar a reliquidar salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos laborales solicitados en el acápite de pretensiones de la demanda.

#### SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Parte la Sala por señalar, que la Juez A quo de conformidad con lo argüido en la demanda y la prueba recopilada en el trascurso del proceso, concluyó que no se demostraron los presupuestos para aplicar el principio de trabajo igual salario igual, por cuanto existió una diferencia de carácter jerárquico y en las funciones administrativas asignadas a la señora Lorena Granja con respecto a las que ejercía la señora Mónica Maribel Escobar como Asistente de Sala, decisión que cuestionó la parte actora, pues considera que existió similitud en las funciones que ejercía la demandada con las de la Sra. Lorena

Granja, incluidas las de carácter administrativo así como en la responsabilidades, razones por las que sostiene debe aplicarse el principio de “a trabajo igual salario igual”.

## **PRINCIPIO DE “A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL”.**

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 143 del C.S.T., norma que establece el principio de a igual trabajo, igual salario así:

### **“ A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL.**

- 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”*

Con respecto a este tema nuestro Órgano de Cierre en la sentencia SL 4305-2022 radicado No. 89928 estableció:

*“En el anterior contexto, cabe decir, que la igualdad no es un concepto absoluto ni mucho menos lineal, automático o «formal» (CSJ SL1399-2019) que se agote en la mera comparación de dos situaciones de hecho, sino que merece el examen de las particularidades de cada caso con el propósito de predicar la igualdad entre iguales y la diferenciación entre distintos.*

*En consecuencia, no incurrió el sentenciador colegiado en los yerros jurídicos endilgados por la censura, pues los argumentos de la entidad financiera accionada, para no incrementar los ingresos del demandante, al nivel de los otros trabajadores mencionados en el libelo inicial, estuvo respaldada en unas circunstancias objetivas y relevantes.*

*En la providencia CSJ SL14403-2015, dijo la Sala:*

*Y en un pronunciamiento más reciente SL6217-2014, 26 de noviembre de 2014, radicado 45830; se expresó:*

*En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 50 de la Ley 6a de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.*

*De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, sólo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, como se explicará ahora.*

*B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario. Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:*

*[...] En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.*

*Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes -o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.”*

En cuanto a la carga de la prueba cuando se alega la aplicación del principio de “a trabajo igual salario igual”, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4825-2020 radicado No. 69370 determinó:

*“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. [...]”*

### **CASO CONCRETO**

Dicho lo anterior y descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala se procederá a estudiar si a la demandante le asiste el derecho a la diferencia salarial entre los cargos de Jefe de Sala o Jefe Operativo y el de Asistente de Sala o Jefe Operativo Jr. Para ello la Sala cuenta con el siguiente acervo probatorio

1. Propuesta de vinculación dirigida a la demandante por parte de la sociedad Bingos Codere S.A., para desempeñar el cargo de “Asistente de Sala”, cuya misión era “Contribuir al óptimo desarrollo de los procesos inherentes al salón (comerciales, operativos, técnicos y administrativos), para el logro de los objetivos de ingresos y rentabilidad del mismo”, nivel de reporte “Jefe de Sala”. Fecha de ingreso 16 de mayo de 2006 (Fl. 132).
2. Contrato a término indefinido suscrito por la señora Mónica Maribel Escobar Pérez y la sociedad Bingos Codere S.A, con fecha de inicio el 15 de mayo de 2006, el cual determina que el cargo a desempeñar es “Asistente de Sala” (Fls. 119-121).
3. Otrosí al contrato de trabajo suscrito por la señora Mónica Maribel Escobar Pérez y la empresa Bingos Codere S.A, el 15 de mayo de 2006, en el cual se indica que su cargo es el de “Asistente de Sala” (Fls. 122-123).
4. Constancia expedida por la sociedad demandada en la que se registra que la demandante laboró para la misma desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 11 de septiembre de 2018 y el último cargo desempeñado fue “Jefe Operativo Jr” (Fl. 131).
5. Descripción del cargo de asistente de sala, en el cual se especifica que la toma de decisiones se realiza en asuntos de rutina y no tiene personas a cargo (Fls. 137-141 y 151-156).
6. Otrosí al contrato de trabajo suscrito entre las partes el 2 de julio de 2016 en el cual se determina que desempeñará el cargo de “Jefe Operativo Jr” (Fl.161).

7. Descripción del cargo “*Jefe Operativo Línea Tradicional*”, determinando que el nivel de decisión es en asuntos técnicos y de gestión y el nivel de dirección menos de 10 personas (Fls. 174-184).
8. Solicitudes de vacaciones presentadas por la demandante Mónica Maribel Escobar de los años 2009 a 2012 y 2015 a 2018, aprobadas por su jefe inmediato Lorena Alexandra Granja (Fls. 347, 348, 350, 354, 357, 361, 363, 364, 367 y 369).
9. Evaluaciones realizadas el 12 de agosto de 2010 y 12 octubre de 2012 por parte de Lorena Granja y Álvaro Arévalo a la demandante en el cargo de Asistente de Sala, en la cual en la última se indica que se realizan observaciones de mejoramiento como por ejemplo optimizar la planeación de la operación diaria de la sala, visitar constantemente la competencia directa de la Sala. Así mismo, en este documento en el acápite de comentarios del evaluado la demandante expresó “*Considero que la evaluación es una herramienta enriquecedora y constructiva, en cuanto a mi cargo veo que es necesario aplicar una evaluación 180° ya que a pesar de que mi cargo no es de jefatura, por operación de la Sala y por su condición de ser compartida, se manejan todo tipo de situaciones directamente con el equipo de trabajo*” (Fls. 372-406).
10. Documento de información de novedades para liquidación de prestaciones sociales dirigido a la señora Mónica Escobar y firmado por su jefe inmediato Lorena Granja (Fl. 501).
11. Documento de entrega de kit de bienvenida a la señora Mónica Escobar, donde se especifica que desempeña el cargo de Jefe Operativo Jr (Fl. 502).
12. Correos electrónicos enviados por Mónica Escobar como Asistente de Sala y Lorena Granja como Jefe de Sala (Fls. 551-555).
13. Constancia laboral expedida por Bingos Codere S.A, en la cual consta que la señora Lorena Alexandra Granja desempeñó el cargo de Jefe de Sala desde el 5 de septiembre de 2007 hasta el 15 de febrero de 2017, desarrollando funciones de ejecución de estrategias comerciales y de mercadeo, control de presupuesto y talento humano; igualmente establece que a partir del 16 de febrero de 2017 se encuentra ocupando el cargo de Jefe Operativo realizando funciones de gestión de clientes, cumplimiento de matriz corporativa, seguridad y salud en el trabajo, toma de decisiones y reporte de informes e indicadores, con horarios de trabajo rotativos de lunes a sábado de 08:00 am a 05:00 pm o de 05:00 pm a 01:00 am, con una hora de almuerzo e inter sábados de 08:00 a.m. a 05:00 pm o de 05:00 pm a 01:00 am (Fls. 1180-1181).
14. Constancia laboral expedida por Bingos Codere S.A, en la cual consta que la señora Mónica Maribel Escobar Pérez desempeñó el cargo de Asistente de Sala desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 1 de julio de 2016, desempeñando las funciones de servicio al cliente,

rentabilidad respecto a las metas propuestas, excelencia operativa, control de presupuesto y administración fondo de caja, es decir, el manejo de dinero de la caja menor y desde el 2 de julio de 2016 hasta el 11 de septiembre de 2018 desarrolló el cargo de Jefe Operativo Jr sin cambio en sus funciones, con horarios de trabajo rotativos de lunes a sábado de 08:00 am a 05:00 pm o de 05:00 pm a 01:00 am, con una hora de almuerzo e inter sábados de 08:00 a.m. a 05:00 pm o de 05:00 pm a 01:00 am (Fls. 1182-1183).

15. Evaluación de capacidades realizada a la señora Mónica Maribel Escobar Pérez por su jefe inmediato Lorena Alexandra Granja para el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017 (Fls. 1185-1189).

De la prueba testimonial practicada en la audiencia de trámite y juzgamiento, con respecto a las funciones que realizaba la demandante, la testigo **LORENA ALEXANDRA GRANJA ZAMBRANO**, citada por las partes y quien se encuentra vinculada a la entidad demandada desde el año 2007 desempeñando inicialmente el cargo de Jefe de Sala y luego Jefe Operativo, expresó que sus funciones son dirigir, coordinar, planear, supervisar y ejecutar acciones inmediatas para atender necesidades tanto de clientes internos como externos, dar soluciones a problemas o inconvenientes, conciliar y reportar directamente al corporativo. Aseguró que, su jefe era el señor Weimar Beltrán gerente regional. Afirmó que, la señora Mónica Maribel Escobar, desempeñaba el cargo de Asistente de Sala, a quien le delegaba funciones y responsabilidades para la toma de decisiones en la Sala. Adujo que, la señora Mónica Maribel Escobar fue su subordinada y cumplía una función de apoyo, por tanto, le realizaba evaluaciones. Aseveró que, la señora Mónica Escobar también dirigía, coordinaba, planeaba, solucionaba problemas con clientes y otras funciones bajo su supervisión. Manifestó que, con la señora Mónica Escobar organizaban su horario de trabajo mediante turnos rotativos de 8 a 10 horas para cubrir toda la jornada laboral, esto es, en la mañana y en la noche. Afirmó que, Mónica Escobar ejercía las funciones diarias en su turno correspondiente y le reportaba cualquier situación. Adujo que, cuando se encontraba en vacaciones, le delegaba funciones a Mónica como la toma de decisiones básicas, por ejemplo, cambio de turnos y dialogar con el socio gestor. Expresó que, posteriormente la señora Mónica Escobar desempeñó el cargo de Jefe Operativo Jr, el cual tiene un rango inferior al Jefe de Sala o Jefe Operativo Senior. Comentó que, firmaba los documentos corporativos o realizaba acuerdos con el socio gestor, funciones que no le podía delegar a Mónica Escobar. Indicó que, las comisiones se pagaban en un mismo porcentaje a todos los trabajadores de la sala, dependiendo del cumplimiento de la meta establecida. Afirmó que, en calidad de responsable de la sala, le abrieron un proceso disciplinario por un error operativo cometido por Mónica Escobar. Finalmente, adujo que la señora Mónica Escobar le presentaba la solicitud de vacaciones para autorización.

Por su parte la testigo **JANET VIVIANA RODRÍGUEZ CUASPUD**, convocada por la parte demandante, señaló que fue compañera de trabajo de la señora Mónica Escobar en Bingos Codere S.A desde el 2006, pues desempeñó los cargos de promotora, vendedora y técnico de marcas. Afirmó que, sus jefes eran las señoras Mónica Escobar como Asistente de Sala y Lorena Granja como Jefe de Sala, pues realizaban las mismas funciones, tenían las mismas responsabilidades e iguales turnos

como jornada laboral, incluso cuando se encontraban de vacaciones realizaban los reemplazos. Manifestó que las señoras Mónica Escobar y Lorena Granja tenían contacto y reuniones con el socio gestor. Adujo que, cuando se presentaba algún inconveniente, queja o reclamo, le informaba a la señora Mónica Escobar o Lorena Granja, ello dependía de la persona que estaba disponible en el turno. Aseveró que, tanto Mónica Escobar como Lorena Granja tomaban decisiones, daban instrucciones al personal, otorgaban permisos y tenían contacto con clientes; sin embargo, Lorena Granja era jefe de Mónica Escobar. Expresó que, cuando Lorena Granja se encontraba de vacaciones, Mónica Escobar organizaba los horarios para promotores, vendedores y técnicos. Afirmó que conocía que Lorena Granja tenía personas a cargo y Mónica Escobar no; no obstante, esta última también les daba órdenes cuando Lorena no se encontraba. Informó que no observó si Lorena Granja alguna vez le solicitó autorización, permiso o realizara alguna gestión frente a la demandante, pues era autónoma en su trabajo.

Manifestó que, la estructura organizacional de la empresa Bingos Codere S.A en Pasto estaba compuesta por la Jefe de Sala, Asistente de Sala, técnicos y vendedores. Comentó que tiene entendido que tanto la demandante como Lorena Granja realizaban el cronograma de vacaciones y tomaban decisiones en general sobre el manejo de la Sala, como otorgar permisos. Señaló que, la solicitud de sus vacaciones era autorizada por Lorena Granja. Finalmente, adujo que las decisiones de trascendencia en el manejo de la empresa en la sede de Pasto o cuando existía un problema grave las tomaba la señora Lorena Granja.

Igualmente, el testigo **CARLOS DAVID ACOSTA MESA**, convocado por la parte demandante, manifestó que fue compañero de trabajo de la señora Mónica Maribel Escobar, pues trabajó en Bingos Codere S.A desde 2010 hasta 2018 desempeñando el cargo de técnico de marcas. Afirmó que, sus jefes inmediatos eran Mónica Escobar y Lorena Granja, dependiendo del turno en que se encontraba. Expresó que, debía obedecer las instrucciones de Mónica Escobar y Lorena Granja, asimismo rendirles cuentas. Adujo que, las funciones que desempeñaban las señoras Mónica Escobar y Lorena Granja eran iguales, pues su horario laboral era por turnos y en cada turno realizaban las mismas labores, por ejemplo, realizar la contabilidad diaria de la empresa, realizar las promociones y tratar temas importantes. Aseveró que, si se presentaba algún inconveniente en la empresa recurría a Mónica Escobar o a Lorena Granja para que se lograra una solución. Manifestó que, solicitaba permisos con la persona que se encontraba en el turno Mónica Escobar o Lorena Granja. Afirmó que, para solicitar vacaciones Mónica Escobar o Lorena Granja debían enviar un correo electrónico a recursos humanos en Bogotá; sin embargo, no recuerda quién firmaba la solicitud como jefe directo. Finalmente, aseguró que no conoce si Mónica Escobar o Lorena Granja tenían un cargo de mayor jerarquía en Pasto.

En cuanto al testimonio rendido por la señora **NELLY YURANI COMEZAQUIRA ESPAÑOL**, convocado por la parte demandada, quien se desempeña como gerente de administración de personal en Codere Colombia, manifestó que conoce que desde el año 2006 la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de Asistente de Sala en Bingos Codere S.A, realizando funciones en la parte administrativa como manejo de correspondencia, envío documentación de empleados, relación

de documentación para enviar a casa matriz, manejo de caja menor y en general temas administrativos de la sala. Expresó que, en junio de 2016 realizaron diversos cambios a nivel de estructura en la empresa, por tanto, el cargo de asistente de sala cambió su denominación al cargo de Jefe Operativo Junior, al igual que el cargo de Jefe de Sala o Jefe Operativo. Indicó que, el Jefe de Sala se involucra con todo lo que tiene que ver con la toma de decisiones del casino, como realizar las estrategias comerciales, de gastos y de ingresos para lograr cumplir con las metas establecidas dentro de los periodos asignados, está a cargo del manejo de personal, relaciones laborales, procesos disciplinarios, autorizaciones directas, toma de decisiones a nivel operativo, en general, tiene la injerencia y toma de decisiones directa sobre el casino. Señaló que, el Asistente de Sala o Jefe Operativo Junior apoya al gerente en todo lo que realiza, pero en un proceso de aprendizaje o capacitación. Aseveró que, el Asistente de Sala o Jefe Operativo Junior no toma decisiones sobre el personal, pues sus funciones son de carácter asistencial. Afirmó que, cuando realizaban capacitaciones en Bogotá, siempre viajaba la señora Lorena Granja en calidad de Jefe de Sala, por esa razón la conoce personalmente. Adujo que, las señoras Lorena Granja y Mónica Escobar no tenían el mismo grado de responsabilidad. Indicó que, en ausencia de Lorena Granja, Mónica Escobar no estaba autorizada para aprobar las vacaciones del personal, sino que tenía que consultarlo con el gerente regional Weimar Beltrán. Afirmó que, los permisos eran firmados por Lorena Granja.

Finalmente, aseguró que las actividades que se realizaban en los turnos como manejo de caja menor o envío de informes eran desempeñadas tanto por Lorena Granja como por Mónica Escobar para cubrir el turno; sin embargo, la señora Mónica Escobar no podía tomar decisiones frente a temas de mercadeo, ingresos o personal, tampoco podía manejar el fondo de maniobra que era el asignado a toda la sala.

Por su parte la testigo **LEIDY ALEJANDRA CATAÑO RENGIFO**, convocada por la parte demandada manifestó que desempeña el cargo de Gestión de Clientes en Bingos Codere S.A y conoce a la señora Mónica Maribel Escobar Pérez, porque fueron compañeras de trabajo. Afirmó que la señora Mónica Maribel Escobar desempeñó el cargo de Asistente de Sala. Indicó que, su jefe inmediato era la señora Lorena Granja y cuando estaba ausente se apoyaba en Mónica Escobar para la solución de algún inconveniente, pues tenían turnos rotativos para cumplir con la jornada laboral y estar a cargo de la sala. Señaló que, cuando solicitaba un permiso se dirigía a la señora Lorena Granja porque era la Jefe de Sala y de personal. Manifestó que, la señora Mónica Escobar podía otorgar permisos momentáneos en la jornada laboral; sin embargo, no podía autorizar permisos de un día completo. Adujo que, realizaba la solicitud de vacaciones ante Lorena Granja, pues debía firmarla por ser su jefe inmediato; no obstante, aclaró que, si Lorena Granja había autorizado a la demandante para que hiciera firmar la carta, indicó que lo podía hacer. Manifestó que Mónica Escobar le informaba todas las situaciones a Lorena Granja. Señaló que, el personal estaba bajo la responsabilidad de Lorena Granja, por tanto, Mónica Escobar no podía darles instrucciones. Manifestó que, Lorena Granja y Mónica Escobar realizaban algunas funciones similares como el manejo de dinero. Afirmó que, Lorena Granja era la jefe directa de Mónica Escobar; sin embargo, podía apoyarla con la solución de problemas con clientes o cuestiones que no significaban una gran responsabilidad que cambie el manejo de la sala. Indicó que, cuando existía un problema grave, Mónica Escobar le consultaba a Lorena Granja para tomar

una decisión. Finalmente, afirmó que Lorena Granja y Mónica Escobar se encargaban de definir los turnos del personal.

Finalmente, el testigo **MARCO ANTONIO HOYOS NIEVA**, manifestó que es supervisor en Codere Colombia y conoce a la señora Mónica Maribel Escobar, porque visitaba tres veces al año la sede de Pasto para realizar revisiones técnicas y auditorías. Afirmó que, la señora Mónica Maribel Escobar desempeñaba el cargo de Asistente de Sala en Pasto. Expresó que, la estructura de la empresa en la sede de Pasto se conformaba por la Jefe de Sala Lorena Granja, la Asistente de Sala Mónica Escobar, dos técnicos y las vendedoras. Indicó que, en las visitas a Pasto le suministraba la información a Lorena Granja como responsable de la sala y le solicitaba las justificaciones de los hallazgos encontrados. Señaló que cuando Lorena Granja se encontraba en vacaciones, Mónica Escobar se encargaba de las cuestiones operativas; sin embargo, la toma de decisiones importantes quedaba en manos del gerente regional. Adujo que, tanto Lorena Granja como Mónica Escobar se encargaban de realizar el recaudo y si existía algún inconveniente se comunicaba con la persona que realizó el recaudo en el turno correspondiente. Aseveró que, cuando realizaba las auditorías encontró hallazgos en el área técnica, específicamente un recaudo mal hecho y llamaron a descargos a Mónica Escobar y Lorena Granja. Finalmente, afirmó que ante cualquier anomalía se comunicaba con Lorena Granja.

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con la demandante, afirmó que fue contratada en mayo de 2006 por Bingos Codere S.A para desempeñar el cargo de Asistente de Sala, realizando siempre funciones operativas como manejo del dinero, hacer billetera en las máquinas, sacar el dinero de las máquinas, consolidación total del dinero, entre otras, administrativas como manejo de caja menor, informes diarios de ingresos, manejo de novedades de personal, realización de turnos, liquidación de horas extras, cronograma de la programación de vacaciones del personal, otorgamiento de permisos al personal, entre otras, y comerciales como la planificación, organización y ejecución en la sala en actividades con clientes, realización de promociones y envío de mensajes diarios a clientes para asistencia masiva al casino. Manifestó que, la señora Lorena Granja desempeñó el cargo de Jefe de Sala en Bingos Codere S.A y era su jefe inmediato. Expresó que, apoyaba las funciones de la señora Lorena Granja cuando no se encontraba en la sala; sin embargo, cuando se encontraba con la señora Lorena Granja en la sala realizaban las mismas funciones administrativas, operativas y comerciales, pues tenían el mismo conocimiento y capacidad de realizarlas, además podían solucionar problemas y desempeñar las mismas funciones sin excepción. Afirmó que, con la señora Lorena Granja eran responsables de la sala, tanto en temas operativos como administrativos, por tanto, tenían las mismas responsabilidades y tomaban decisiones trascendentes. Aseveró que, la señora Lorena Granja firmaba las cartas de aprobación de vacaciones de los trabajadores del punto de Pasto como jefe inmediato, incluida ella como Asistente de Sala. Afirmó que, Bingos Codere S.A le abrió un proceso disciplinario en conjunto con la señora Lorena Granja por una agravación en los contadores de las máquinas, las cuales reportaron un ingreso con una diferencia en el recaudo; sin embargo, no las sancionaron porque la causa fue una falta de actualización de la máquina. Aseguró que, se consideraba en la misma posición jerárquica que la señora Lorena Granja porque desarrollaban las mismas funciones y tenían el mismo desempeño. Señaló que, la señora Lorena Granja para solicitar vacaciones tenía que enviar la solicitud al jefe inmediato que era el gerente regional. Expresó que

cuando Lorena Granja, estaba en vacaciones, no le consultaba para preguntarle si tomaba una decisión, sino que le informaba de lo que sucedió, aclarando que las decisiones que estaban a su alcance las tomaba por su cuenta. Finalmente, manifestó que la señora Lorena Granja firmaba sus evaluaciones en calidad de primer evaluador y que la demandante no podía firmar como jefe inmediato la solicitud de vacaciones de la Sra. Lorena Granja.

Así las cosas, analizado con rigor el acervo probatorio tanto documental como testimonial, que la Sala se permitió exponer en extenso para atender la inconformidad enrostrada por el alzado, quien reprochó de la operadora judicial de primer grado una indebida y escasa interpretación probatoria, la Sala concluye que en este caso no se dan los presupuestos para que se de aplicación al principio de “a trabajo igual salario igual”, y de contera se concluya la igualdad salarial y retributiva, pues recordemos que para que ello ocurra, a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor es que ambos desempeñen el mismo puesto, en las misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia, elementos que en el caso a juicio de la Sala no concurren, pues lo que observa con claridad la Sala es que la actora fue vinculada inicialmente para desempeñar el cargo de Asistente de Sala el que luego se llamó Jefe Operativo Junior y el cargo frente al cual se solicita la nivelación salarial corresponde al ocupado por la Sra. Lorena Granja, correspondiente al de Jefe de Sala, luego llamado Jefe Operativo.

Así las cosas, es evidente que jerárquicamente la demandante no se encontraba en la misma posición, pues mientras la Sra. Mónica Escobar Pérez, fungía como asistente de Sala, la Sra. Lorena Granja, era su jefe inmediato, como la misma actora siempre lo reconoció, aspecto que contrario a lo que señala el apoderado de la demandante no se contempla únicamente en el plano formal ni documental, pues si bien se encuentra acreditado que la actora realizaba de forma similar las actividades operativas, comerciales y administrativas, es claro que como ella los reconoció en diligencia de interrogatorio de parte, en lo que se refería a toma de decisiones si bien no le consultaba a la Sra. Lorena Granja, siempre le informaba de lo sucedido, ya que aclaró que las decisiones que estaban a su alcance las tomaba por su cuenta, lo que denota que habían disposiciones que ella a motu proprio no podía hacerlo, tal y como lo manifestó, inclusive, la testigo citada por la demandante JANET VIVIANA RODRÍGUEZ cuando afirmó que las decisiones de trascendencia en el manejo de la empresa en la sede de Pasto o cuando existía un problema grave las tomaba la señora Lorena Granja, y ello era así, porque de acuerdo con la descripción del cargo de Asistente de Sala que desempeñaba la señora Mónica Escobar, se determina que la toma de decisiones se realiza en asuntos de rutina y no tenía personas a cargo, mientras que la descripción del cargo Jefe de Sala o Jefe Operativo establece que la toma de decisiones en asuntos técnicos y de gestión, además tiene a cargo menos de 10 personas, lo cual se refleja en lo manifestado por la actora frente a que las vacaciones las debía solicitar ante la Sra. Lorena Granja, como dan cuenta la solicitudes que anteriormente la Sala se permitió relacionar y además las evaluaciones de desempeño del cargo que le hacía a la demandante como su jefe inmediato, funciones que no tenía a cargo la actora, pues del material probatorio allegado no se observa que fuera la actora quien hubiera tenido alguna injerencia sobre la Sra. Lorena Granja, por el contrario se advierte que era la actora quien se encontraba subordinada a ella, al ser la persona que le realizaba la evaluación de desempeño y elaboraba un serie de objetivos a mejorar por parte de la

demandante, además de ser quien firmaba su solicitud de vacaciones, lo que deja en evidencia que si bien la actora como lo reconocieron los testigos podía apoyarla con la solución de problemas con clientes o cuestiones propias de la sala y se encargaban de definir los turnos del personal y en algunas oportunidades otorgaba permisos, quien estaba a cargo del personal en cuanto a sus situaciones administrativas de vacaciones y fungía como evaluadora era la Sra. Lorena Granja, persona que según el dicho de la testigo **NELLY YURANI COMEZAQUIRA ESPAÑOL**, era quien viajaba a la ciudad de Bogotá para capacitarse cuando la sociedad demandada la convocaba para ello.

Respecto al proceso disciplinario que se inició en contra de las señoras Mónica Maribel Escobar y Lorena Alexandra Granja, de acuerdo al testimonio de esta última y del Sr. Marco Antonio Hoyos Nieva, es preciso establecer que se citó a rendir descargos a las dos trabajadoras porque cumplían la función de recaudo y manejo de dinero en el casino de Pasto, la cual era realizada diariamente en cada turno; sin embargo, como se advirtió la señora Lorena Granja como Jefe de Sala o Jefe Operativo desarrollaba funciones administrativas distintas a las de la demandante.

En conclusión, insiste la Sala, no se acreditaron los presupuestos para que se logre dar aplicación a la nivelación salarial pretendida, ya que es claro que existía una jerarquización entre el cargo de la demandante como Asistente de Sala y Jefe de Sala, que no solo estaba contemplada estructuralmente ya que era la Sra. Lorena Granja, quien como jefe de sala, tenía mayor responsabilidad que la demandante y funciones, mismas que se acreditó la demandante no cumplió, por ello, se confirmará la decisión de la primera instancia en su integridad.

### **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 demandada y en contra de la demandante 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 al total de un salario mínimo legal mensual vigente esto es, la suma de \$1.160.000 para los demandados, 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 Tercero Laboral del Circuito Pasto (N) el 23 de junio 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 23 de junio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a la parte demandante **MONICA MARIBEL ESCOBAR PEREZ**, en favor de los demandada **BINGOS CODERE SAS**. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente total de 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. 332. 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.

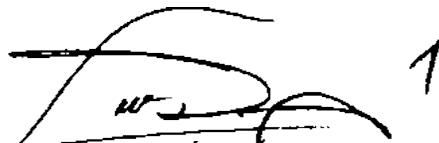
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado Ponente.



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada



**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado



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

Magistrado Ponente:  
**Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	528353105001-2020-00193-01 (386)
<b>Juzgado de primera Instancia:</b>	Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco
<b>Demandante:</b>	Hernán López López
<b>Demandado:</b>	Mario Andrés González Mejía
<b>Asunto:</b>	Apelación sentencia
<b>Acta No.</b>	386

**ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la parte demandada contra la sentencia emitida el 16 de agosto de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.**

Con la demanda se pretende que se declare que entre los reseñados demandante y demandado existió una relación laboral desde 28 de marzo de 2016 hasta 15 junio 2018, terminada de manera unilateral e injusta por el empleador estando el actor en estado de debilidad manifiesta y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo;

Consecuencialmente, solicita reintegro al cargo del cual fue despedido o a otro de igual o mejor categoría, pagos con indexación, de todos los salarios y prestaciones sociales que el demandante dejó de percibir durante el tiempo cesante; además, una indemnización equivalente a 180 días de salario a causa de su despido y las costas del proceso.

## **2. Hechos.**

Manifiesta el demandante que cuenta con 55 años de edad; que el 28 de marzo de 2016 fue contratado por el Ingeniero Mario Andrés González Mejía, como maestro de obra, mediante contrato verbal a término indefinido. Fue afiliado a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales. Afirma que desempeñó con diligencia las labores asignadas, cumplió horario laboral de lunes a viernes de 7:00am a 12:00 am y de 1:00 pm a 5:00 pm y sábados de 7:00 am a 11:00 am, percibiendo como último salario \$1.250.000. El 11 de junio de 2016 sufrió un accidente de trabajo por una caída aproximada de 7.50 mts, cuando se encontraba realizando, por orden de su empleador la construcción de unas torres de vigilancia, a raíz de lo cual, le expidieron recomendaciones médicas para su trabajo, al igual que incapacidades, siendo calificado por SURA ARL con PCL del 24.50% y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño en 33.60%. Fue despedido el 15 de junio de 2018 sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.

## **3. Contestación de la demanda.**

El convocado MARIO ANDRÉS GONZÁLEZ MEJÍA, contestó la demanda, al pronunciarse sobre los hechos aceptó unos, negó y dijo no constarle otros. Frente a las pretensiones no se opuso a que se declare la existencia del contrato de trabajo, aduciendo que fue por obra contratada, aceptó los extremos temporales señalados en la demanda y se reveló contra la eventual declaratoria de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, al considerar que tuvo motivación fáctica y legal, también se opuso a la posible condena por salarios, prestaciones e indemnizaciones.

En cuanto el accidente de trabajo, aduce que ocurrió por desobediencia del trabajador, dado que desatendió la orden consumir sus alimentos en el lugar asignado para tal fin; en su lugar, se bajó de la torre en construcción, se despojó de todos los elementos de seguridad para el trabajo en alturas, nuevamente subió a la torre a comer los alimentos y luego se desplomó. Propuso como excepciones de mérito; improcedencia del reintegro, mala fe del demandante, buena fe del demandado, excepción de prescripción.

#### 4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral de Tumaco, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 16 de agosto de 2022, declaró que entre HERNÁN LÓPEZ LÓPEZ y MARIO ANDRÉS GONZÁLEZ MEJÍA, existió un contrato de trabajo iniciado el 15 de noviembre de 2015; y, la ineficacia del despido consumado por el empleador el 15 de junio de 2018, porque el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada por estar en situación de debilidad manifiesta.

En consecuencia, ordenó el reintegro al cargo de oficial de construcción o a otro de igual o mejor categoría y condenó a la pasiva al pago indexado de salarios, prestaciones sociales, la indemnización regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario calculada en \$4.687.452.00 y demás derechos laborales causados, así como los aportes a pensiones desde el 15 de junio de 2018 hasta la fecha en que se realice el reintegro. Advirtió que el auxilio de cesantía debe consignarse en el fondo respectivo. Condena también al convocado a pagar las costas procesales.

Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, tras valorar íntegramente los medios de prueba a acopiados al proceso, precisó que, si bien el contrato de trabajo inicialmente fue de obra o labor contratada, este cambió a indefinido porque al terminarse la obra continuó la vinculación laboral hasta su finalización por el empleador, y no existe ningún documento que indique un término de duración del mismo. Indicó que el salario devengado por el actor era el mínimo mensual legal vigente y que el extremo inicial del contrato fue el 15 de noviembre de 2015, data confesada por el demandado al contestar la demanda y que finalizó el 15 de junio de 2018.

Apoyado en la prueba pericial realizada por las entidades competentes, concluyó que el actor tiene una limitación física con un porcentaje de PCL superior al 15%, que impide su desempeño como oficial de obra, y que si bien, no estaba en incapacidad al momento del despido esto no implica que no gozara de estabilidad laboral reforzada por estar demostrada una disminución de la capacidad laboral del 24.5% al momento del finiquito, hecho conocido por el empleador. De otro lado, al analizar el hecho del

despido, en lo esencial, resaltó el principio de la inmediatez aduciendo que los hechos considerados causales para la terminación del contrato se produjeron seis meses antes de entregar la carta de terminación unilateral, por lo que no hay un nexo de causalidad, entre las faltas presuntamente cometidas por el demandante y la fecha del despido, al no cumplirse con dicha inmediatez, la que en términos de la jurisprudencia especializada (SL3108 de 2019) obliga al empleador a actuar con prontitud y serenidad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo.

## **5. La apelación.**

Contra la anterior decisión se reveló la parte demandada, trayendo como reparos concretos de su inconformidad los siguientes:

Considera que el A quo incurrió en una indebida valoración de los medios probatorios, endilgándole error concluir la naturaleza del contrato de obra, al avizorarlo como un contrato a término indefinido.

Al respecto, arguye que inicialmente aceptó que era por obra o labor, citando para ello las dos actas de terminación del contrato, una de la Torre de Observación y la obra de Candelillas de la Mar, reconociendo que el trabajador fue oficial de obra, en los mismos periodos de la construcción, sin embargo, anota la censura, que el A quo sorpresivamente decide mutar el contrato a indefinido, sin sustento fáctico o legal, pasando por alto que una vez terminadas las obras el demandante ya no prestaba ningún servicio, pero se le siguió pagando durante el tiempo que no se registró ninguna obra, por respeto a unas incapacidades exhibidas, sin que el actor se presentara a trabajar, por ende, no había subordinación.

Cuestiona la estabilidad laboral reforzada, reconocida en primera instancia, alegando que lo hizo sin soporte probatorio, se desconoció que la Junta Regional (*sic*), manifestó que ninguno de los documentos enviados podían ser tenidos en cuenta en un juicio, porque carecía absolutamente de valor probatorio.

Sostiene que no hay mérito para concluir que el actor tenía una discapacidad. Critica la conclusión del juzgado, en cuanto, afirma que no existieron justas causas para la terminación del contrato de trabajo, para luego aducir la falta de inmediatez; así mismo, cuestiona la valoración que hizo de la prueba, en tanto, no referenció la evidencia fotográfica allegada, tampoco tuvo en cuenta lo dicho por los testigos referente a que el demandante siempre permanecía los fines de semana en alcoholismo, que no asistía a trabajar los lunes por la misma situación, que durante el tiempo en que el demandado pagó sus incapacidades se dedicaba a lo mismo, a consumir alcohol. Precisa no ser admisible que el A quo pretenda que los declarantes señalen con fechas cuales fueron los lunes que no asistió a trabajar, porque ningún testigo puede memorizar días exactos de hechos que ocurrieron hace seis o siete años, en que presentaron tales eventos.

Señala que el actor siempre incumplió con su contrato, que abusó de la buena fe del empleador, quien también de buena fe pagó casi un año de contrato sin prestación del servicio, simplemente porque respetaba la situación del demandante quien decía que estaba en incapacidades. Insiste en que el expediente tiene las pruebas que acreditan el total incumplimiento de las obligaciones en cabeza del actor; mientras el juzgador les restó valor probatorio a los documentos que tienen que ver con las causales de terminación del contrato, por ende, no debía pedir permiso al Ministerio del Trabajo para terminar el contrato.

Cuestiona que la sentencia ordena un reintegro, siendo que no hay donde hacerlo, pues el convocado no tiene oficina permanente en Tumaco hace más de 4 años, y se pregunta cuál es la relación de causalidad para que se ordene un reintegro caprichoso porque no hay a donde materializarlo.

## **6. Trámite de segunda instancia**

Corrido el traslado a las partes al igual que al Ministerio Público en la forma establecida en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, solo la parte demandada hizo uso este derecho, reproduciendo los mismos argumentos sobre los cuales sustentó el recurso de apelación, a los que nos remitimos en gracia de brevedad dado lo extenso del escrito (Ver archivo 05).

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal contraerá su estudio a la materia objeto del recurso.

#### 2. Problema jurídico.

En coherencia con los reparos expuestos por el impugnante, corresponde a la Sala establecer:

¿La percepción del A quo al concluir la existencia de contrato indefinido, en lugar de contrato de obra, se ajusta a la legalidad?

¿La orden de reintegro emitida por el fallador de instancia, anclada en la ineficacia del despido, bajo la premisa que el actor se encontraba amparado de estabilidad laboral reforzada, se encuentra fundada en razones legalmente válidas?

#### 3. Respuesta a estos cuestionamientos.

**Al primero;** como viene de verse, el recurrente se duele del giro que el cognoscente resolvió darle a la relación laboral que unió a los enfrentados en la Litis, en cuanto, desestimó la modalidad del contrato de obra o labor contratada, acogiendo la de un contrato a término indefinido.

Previo a definir si tal decisión, se ajusta a derecho, importa memorar que a la luz del artículo 45 del CST, el contrato de obra o labor es aquel que se firma por la duración o ejecución de un determinado trabajado. Conforme los lineamientos de esta normativa, es dable extractar, como características de esta clase de contratos que, expira cuando la obra se termina, puede ser verbal o escrito; aunque dada su naturaleza, el escrito sería el más adecuado, pues daría lugar a establecer con claridad

y concreción la tarea encomendada y sobre todo determinar con certeza la fecha de finalización, en tanto, está supeditada a la terminación de la obra. Si lo anterior, no se identifica claramente transita a contrato indefinido.

Al respecto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 69175 del 27 de junio de 2018, señaló:

*"«Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.»*

Y conservando esta postura, en sentencia SL 023 -2022, dijo sobre el particular:

*"En el caso del contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, la ley no impone un medio probatorio específico. Por ello, su existencia puede darse a través de cualquier elemento de convicción; incluso, lo acordado en ese sentido, puede colegirse de las características propias de la actividad. Bajo esta línea de pensamiento, la Corte ha explicado que «(...) la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido.»*

Con base en estas pautas legales y jurisprudenciales, al descender al caso bajo estudio, para darle respuesta al planteamiento en cuestión, tras confrontar el haz probatorio, estima la Sala, que existen razones atendibles para secundar la decisión de la A quo al concluir que el contrato laboral que ligó a las partes de esta contienda se subsume en la modalidad de término indefinido, por las siguientes razones.

Es incontrovertible que la vinculación del actor al servicio del convocado se consumó en forma verbal. La divergencia surge porque el primero sostiene que se realizó mediante contrato a término indefinido, mientras el segundo, enfatiza que fue de obra o labor determinada; discusión que resolvió el cognoscente, acogiendo el alegado por la activa; en oposición a ello, la pasiva insiste en que fue de obra o labor

determinada; sin embargo, en lo que atañe a esta afirmación, se echan de menos elementos de convicción, que la corroboren.

Si bien es cierto, reposan en el plenario, dos (2) actas de entrega final de obras<sup>1</sup>, con las que el recurrente procura demostrar la alegada contratación, revisadas en su contexto, se extracta que se relacionan con convenios para ejecutar, una obra, en las instalaciones de la Brigada 4 de la Marina de Tumaco, con distinción No. W912CL-15-C-0005, entre el 25 de septiembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2016; y, otra denominada "Torre Candelilla de la Mar", ejecutable entre el 21 de junio de 2017 y el 12 de enero de 2018, sobre el particular anota el Colegiado que las calendas consignadas en los documentos traídos a colación por la pasiva no guardan conexión con el momento histórico en el que se protagonizó la desvinculación del promotor del juicio, tal cual se explicará enseguida.

Se destaca que, el segundo y último contrato "Torre de Candelilla de la Mar", finalizó el 12 de enero de 2018, por lo que, de aceptar la tesis del convocado según la cual las partes estuvieron unidas por un contrato de obra o labor, esa era la data para ponerle fin; empero ello no ocurrió, hecho que se acredita con la carta de terminación del contrato fechada el 15 de junio de 2018<sup>2</sup>, es decir, después de cinco (5) meses de finalizada la obra en mención, finiquito que se hace con fundamento en las causales 58-2, 58-4, 60-2, 60-1, 62 -6 y 10 del CST, cada una con su debida motivación, dentro de la cual, para nada se hace mención a la extensión del contrato en razón de algunas incapacidades médicas del demandante; o, que por respecto a estas, se le continuó pagando aún sin prestar el servicio, como se afirma en la alzada. Además, del documento que obra a folio 51 del archivo 04, se constata que corresponda al pago de la quincena del 1º al 15 de junio de 2018, incluyendo todos los derechos laborales, sin que del mismo se perciba un mínimo vestigio de que tal pago se hace sin haber laborado el demandante.

De cara a lo expuesto, no es necesario entrar en mayores elucubraciones para refrendar la apreciación de la cognoscente en tanto, encontró probado que el vínculo contractual laboral que unió a los enfrentados en la Litis se consumó a término indefinido.

---

<sup>1</sup> Ver folios 2 y 3 archivo 017

<sup>2</sup> Ver a folios 28 y 29 del archivo 04

## **Solución al segundo problema jurídico.**

Corresponde al Tribunal establecer si la orden de reintegro emitida por el fallador de instancia, como consecuencia de la ineficacia del despido en razón a la protección de estabilidad laboral, se encuentra fundada en razones legalmente válidas.

Sea lo primero acotar que no existe discusión sobre la decisión unilateral del empleador hoy demandado, de poner fin al contrato laboral que lo vinculó con el demandante, hecho acreditado con la carta de despido obrante a folios 28 y 29 del archivo 04 del expediente. La referida misiva, **con la que se 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, contempladas en los artículos 58-2 y 44, 60-2, 60-1, 62 -6 y 10 del CST.

Precisado lo anterior, deviene relevante, que el promotor del juico elevó como **principal la pretensión de reintegro**; no deprecó indemnización por despido injusto, de ahí que la Sala centrará el estudio en definir si el reintegro ordenado por el A quo como efecto de la declaratoria de ineficacia del despido, merece, o no, el espaldarazo de este Juez Plural.

En esa dirección, cumple memorar que, tal como se consignó en el itinerario que precede, el fundamento adoptado por el juzgado para declarar la precitada ineficacia del despido y ordenar el consecuente reintegro, esencialmente fue que no hubo justa causa; que el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada al encontrarse en estado de debilidad manifiesta, con el ítem, que el empleador no solicitó autorización del Ministerio del Trabajo para desvincular al actor, además, por el incumplimiento de la inmediatez entre la fecha de terminación de la relación laboral y la ocurrencia de los hechos que en el entender del convocado la motivaron. A su turno, el contradictor se reveló contra esta decisión arguyendo que en este evento era innecesaria la mentada autorización para despedir, porque en el plenario se encuentra acreditada la justa causa del despido.

En lo que concierne al tópico de la estabilidad laboral reforzada, debe decir la Sala que de la exegesis del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se desprende que una persona en estado de discapacidad puede ser despedida, siempre y cuando medie autorización del Ministerio del Trabajo; ello implica que un trabajador en tal estado,

al incurrir en una justa causa objetiva puede ser validamente despedido, siendo menester que en el trámite del juicio el empleador lo corrobore, pues de incumplir con tal carga probatoria, estará llamado a reintegrarlo.

Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1152 de 2023, radicación 90.116, previno que la omisión del empleador en requerir la autorización del Ministerio del Trabajo, genera presunción de discriminación en el despido, activando la protección foral cuando la patología no es transitoria, tal cual se vislumbra en el sub lite, tanto, que la parte demandada admite sin ambages que mantuvo al demandante en su nómina dada su condición, derivada de accidente de trabajo acaecido el 11 de junio de 2016, mientras el retiro se registró el 15 de junio de 2018.

La misma corporación en su Sala de Descongestión, en sentencia 897-2021, con radicación 76655 y ponencia del Magistrado Omar de Jesús Restrepo Ochoa, manifestó:

...

*"Asimismo, establece que, si en el juicio laboral el trabajador acredita su discapacidad, el despido se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre la justa causa. De ahí que este último es el que tiene la carga de desvirtuar el acto discriminatorio, so pena de la declaratoria de ineficacia del despido y de la orden de reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones que deja de percibir y la sanción de 180 días de salario que establece el inciso segundo de la norma en comento."*

De otra arista, para desentrañar lo atinente a la falta de inmediatez entre la fecha del despido y los hechos fuente del mismo, pasa la Sala a re-examinar, si como lo afirmó la cognoscente en este evento tal inmediatez no se cumplió. Antes de abordar este punto neurálgico, cumple traer a colación los referentes jurisprudenciales que son oportunos para desatar esta materia.

De tiempo atrás, la jurisprudencia especializada<sup>3</sup> acogiendo sus propios precedentes, sostuvo:

*En relación con la temática de la inmediatez de la falta y el despido, esta Corporación en sentencia del 26 de septiembre de 2001 radicado 15594, reiterada en casación del 30 de junio de 2005 radicación 24821, puntualizó:*

*"(...) Esta Sala ha sido del criterio uniforme y reiterado de considerar que cuando no hay inmediatez entre la ocurrencia de la falta y el despido, éste se califica como injusto. En sentencia del 30 de julio de 1993, radicación 5889, se dijo lo siguiente:*

*"Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad, tiene motivación distinta. Pero esto no significa, como es apenas natural que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores".*

*La anterior inferencia jurisprudencial cobra connotada vigencia, ya que es obvio que una vez presentada la falta, el empleador debe proceder en consecuencia y en forma inmediata a imponer la sanción que considere ajustada al hecho o, incluso, la de despedir al trabajador, si considera que aquella lo amerita. De manera que si no procede en un término relativamente cercano a imponer la sanción que estime aplicable y si no media un lapso de tiempo razonable con miras a establecer la responsabilidad del trabajador, mediante la averiguación correspondiente, deberá entenderse que lo ha condonado o dispensado por la presunta falta*

---

<sup>3</sup> Sentencia 30 de enero de 2013. Radicado 38272. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

*cometida y, bajo esta perspectiva, el despido que se llegue a producir será injusto...”.*

Y, sobre la necesidad de cumplir la inmediatez, como una de las garantías del derecho de defensa del laborante frente a la decisión del empleador de poner fin al contrato de trabajo, en uno de sus más recientes pronunciamientos, esto es la sentencia SL 605-2023, nuestro órgano de cierre asentó:

*“b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente*

*Siendo este uno de los aspectos reprochados, y es que la jurisprudencia de esta Sala sostiene que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna y tempestiva, pues si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. También ha precisado que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos (CSJ SL, 17 mayo. 2011, rad. 36014 y CSJ SL, 28 agosto. 2012, rad. 38855, reiteradas en la CSJ SL204-2023).*

*La razón por la cual se ha exigido el cumplimiento de la inmediatez se origina en que el tiempo que pasa entre la ocurrencia de los hechos alegados por el empleador y la decisión de finiquitar el vínculo laboral rompe el nexo causal que debe existir en estos casos, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de terminación, debe haber un lapso razonable, que comienza desde el instante en que el empleador **conoce de los hechos que generan esa drástica medida, pues de no ser así, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada, el despido deviene en ilegal.**”(Subraya fuera del texto)*

Recapitulando, con sujeción a las reseñadas pautas jurisprudenciales, cuyas posturas acoge esta Sala, al examinar la carta de terminación del contrato<sup>4</sup>, es evidente que está fechada el 15 de junio de 2018, por lo que de entrada se desecha que el móvil de esta decisión sea la terminación de la obra, en cuanto, la última en la que laboró el actor esto es, "Torre Candelilla de la Mar", finalizó el 12 de enero de 2018, tal como quedó acreditado en antelación, con el acta que así lo revela<sup>5</sup>.

Dicho esto, a efectos de comprobar la veracidad de las razones en las que se edifica el finiquito del contrato laboral, encuentra la Sala que, obran en el plenario dos comunicados dirigidos por el empleador al trabajador, una vez atendido su contenido, **se observa que uno, fue enviado el 7 de febrero de 2017<sup>6</sup>**, y en lo que podría considerarse un medio de prueba atañe a un precedente para el despido, dice el siguiente aparte: "*...el día de ayer 6 de febrero en horas de la tarde más exactamente a las 2:30 pm nuestro inspector nos confirma de su ausencia en el puesto de trabajo, posteriormente a usted lo llama el ingeniero Mario González, donde le hacen llamado de atención, donde se confirma su inasistencia sin justa causa, con explicaciones que no suponen permiso alguno por parte ni de él, ni de algún representante de la compañía*", y **el otro el 20 de diciembre de 2017<sup>7</sup>**, en el que luego de recordarle su horario de trabajo, se le hace un llamado de atención, por inasistencia al puesto de trabajo sin justificación y el incumplimiento de los horarios de trabajo. Se cuenta con las declaraciones de los testigos GERMAN TRUJILLO, RUBER HERMINSUL CHACÓN y VICTOR WILLIAM CACERES FLÓREZ, estos deponentes coinciden al afirmar que el demandante a veces no iba a trabajar sin ninguna justificación, no cumplía el horario de trabajo y, no acataba órdenes.

Analizado objetivamente estos medios de prueba, se concluye que corresponden a situaciones que bien podrían encuadrar en la causal de justa causa vertida en el numeral 4º del artículo 60 del CST invocadas en la carta de despido; sin embargo, refulge una circunstancia particular, y es que estos hechos, factibles de servir de atril para despedir al trabajador, sucedieron mucho tiempo antes de la fecha del despido. Nótese que, en lo que respecta a los memorandos fueron efectuados en febrero y diciembre de 2017; y en cuanto a los dichos de los testigos, GERMAN TRUJILLO,

---

<sup>4</sup> Folio 28 archivo 04

<sup>5</sup> Folio 3 archivo 17

<sup>6</sup> Folio 52 archivo 04

<sup>7</sup> Folio 53 archivo 04

sostuvo que trabajó con el actor entre 4 o 5 meses y que lo hizo en la obra de la Torre de Vigilancia, también conocida como Brigada 4 de la Marina de Tumaco hasta inicios del mes de febrero de 2016; RUBER HERMINSUL CHACÓN, asegura haber trabajado también en esta obra hasta que se terminó en septiembre de 2016, después se fue a laborar a otra obra en Popayán; y, VICTOR WILLIAM CACERES FLÓREZ, sostiene que trabajó tanto en la obra de Torres de Vigilancia como en la de Torre Candelilla de la Mar, indicando que en esta última obra, solo laboró entre 4 o 5 meses, sin indicar fecha exacta, pero se encuentra acreditado en el expediente que esta obra finalizó en enero de 2018. Así, ninguna de estas probanzas sirve para establecer de manera precisa y contundente que el despido ocurrió, inmediatamente el empleador tuvo conocimiento de la indisciplina que la pasiva le endilga al actor en su propósito de fincar la claudicación del contrato en justa causa.

De modo que, si la terminación del contrato de trabajo se consolidó el 15 de junio de 2018, salta a la vista que transcurrió un dilatado interregno entre los supuestos que provocaron la terminación del contrato laboral y la carta que lo puso en conocimiento, vale decir que, NO se estructuró inmediatez, lo que conlleva al rompimiento del nexo causal que debió existir en este caso, por tanto, en los términos de los precedentes verticales, en primer lugar, debe entenderse condonada o dispensada la falta, de contera que el despido producido, después de más de cinco (5) meses, como en efecto ocurrió en el sub lite, **se torna injusto**, pues no podía el empleador invocar incumplimientos de obligaciones laborales perdonadas como causales del mismo.

Al quedar definido, que el despido del demandante fue injusto, correspondía al demandado demostrar que la decisión de poner fin al contrato laboral, no fue por motivo discriminatorio en razón de la discapacidad del actor, carga que no cumplió; en contraste, la conclusión a la que arribó el cognoscente se afianza, en tanto, el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada, de modo, que el empleador al obviar el permiso del Ministerio de Trabajo para despedirlo, y no acreditar en el juicio la justa causa pregonada en la carta de retiro, fuerza al Colegiado a confirmar la sentencia fustigada.

La jurisprudencia especializada tenía adoctrinado, que la protección de estabilidad laboral nace a partir de la discapacidad moderada, esto es, la que parte del 15 % de pérdida de capacidad laboral y como presupuesto adicional el conocimiento del empleador de tal limitación. Por mencionar alguno de los tantos pronunciamientos

de esta Corporación, traemos a colación uno de los más recientes, esto es, el contenido en la sentencia SL 656-2023<sup>8</sup>, en la que reiteró:

*"...son sujetos de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud quienes se encuentren calificados con una pérdida de capacidad superior al 15%, pues se debe estar ante una situación objetiva, concretada en un grado de afectación que resulte ser relevante, razón por la cual el trabajador debe acreditar que este es moderado o superior.*

*También ha dicho la Sala que, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador en ello."*

En el caso de autos, según consta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido el 10 de abril de 2018 por la ARL SURA<sup>9</sup>, el demandante fue calificado con PCL, del 24.50%, con fecha de estructuración en 6 de marzo de 2017, su despido operó el 15 de junio de 2018, sin que exista alguna evidencia que para esta data, tal porcentaje hubiese disminuido; por el contrario, se constata con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño<sup>10</sup> efectuado el 10 de junio de 2018, que, valga decir fue posterior a la terminación del vínculo laboral, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el demandado Hernán López López, mantuvo la fecha de estructuración, esto es, marzo 6 de 2017 y el origen profesional, empero encontró mérito para incrementar el porcentaje de PCL en el 33.60%; por lo que, no queda sombra de duda que, para la fecha en la que el empleador puso fin al contrato de trabajo se encontraba cobijado por la protección de estabilidad laboral, perpetuada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues se imbuía dentro del margen establecido por la jurisprudencia especializada, que para entonces se encontraba en boga, dado que, contaba con calificación de PCL superior al 15%, grado mínimo de discapacidad que lo identifica como depositario del referido principio protector.

En cuanto al conocimiento que tiene el empleador del referido estado de discapacidad, es un hecho confesado por este desde la contestación de la demanda,

---

<sup>8</sup>Sentencia de marzo 29 de 2023. Radicado 89705

<sup>9</sup> Ver folios 77 a 82

<sup>10</sup> Ver folios 87, 88 y 98 archivo 01

pues sin ningún reparo, al contestar el hecho décimo sexto de la demanda, aceptó que a raíz del accidente laboral sufrido por el actor, fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 24.50%; y como si lo anterior fuera poco, al rendir su declaración de parte, tranquilamente sostuvo que fue después de conocida la valoración de la ARL que adoptó la determinación de finiquitar el vínculo laboral, por lo que, tenía pleno conocimiento de dicho estado de discapacidad que aquejaba a su subalterno.

Ahora, el criterio novedoso que sobre el tema sentó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación SL1152-2023 (Rad. 90116) donde abandona la tesis clásica de la limitación física, psíquica o sensorial moderada con pérdida de capacidad laboral superior al 15%, regulada en el artículo. 7º del Decreto 2463 de 2001, no destiñe la postura del Tribunal, en no acoger los reproches del recurrente, en la medida, que el nuevo criterio de interpretación que hace el órgano de cierre, a propósito de la estabilidad laboral anclada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se expande en la Convención Sobre los Derechos de las Personas en Situación de Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, compendios normativos, que a la postre, propugnan por la inclusión de quienes acusan discapacidad a mediano y largo plazo, tal cual acontece con el promotor de la acción judicial, acorde con lo reseñado en el examen factico y jurídico consignado a lo largo de este pronunciamiento.

En suma, en este caso particular y concreto, claramente se vislumbra que la terminación del contrato al accionante, obedeció a un comportamiento discriminatorio desplegado por el convocado.

Finalmente, frente a lo argüido por el recurrente, referente a que no tiene donde reintegrar al actor, en primer lugar, evidencia la Sala que el demandado tiene vigente la matrícula mercantil que lo acredita como constructor de obras de ingeniería, la cual renovó el 12 de marzo de 2018, según consta en el respectivo certificado<sup>11</sup>; y, aunque su dirección comercial está radicada en la ciudad de Bogotá, se trata de un constructor que ejerce su profesión en diferentes ciudades del país, tal es el caso del Municipio de Tumaco, respecto del cual, sobra cualquier comentario de acreditación, pues ello se cae de su peso, dado que la génesis de este litigio fue porque el trabajador prestó sus servicios en obras que el empleador tenía en el mismo; y, la ciudad de

---

<sup>11</sup> Ver folios 17 y siguientes archivo 01

Popayán, esto último se infiere fácilmente, en cuanto los testigos GERMAN TRUJILLO, RUBER HERMINSUL CHACÓN y VICTOR WILLIAM CACERES FLÓREZ, afirmaron haber trabajado en las obras realizadas en Tumaco y fueron contestes al decir que fueron enviados a trabajar en otras obras que el demandado tenía en esta ciudad; de ahí que no es de recibo el mentado reparo, pues no existe prueba indicadora que definitivamente el convocado dejó de ejercer el objeto para el cual se registró oficialmente en la Cámara de comercio de Bogotá.

Sean las anteriores consideraciones suficientes para confirmar la sentencia apelada.

#### **4. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada ante la no prosperidad del recurso de apelación. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

### **IV. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), en audiencia pública celebrada el 16 de agosto de 2022, dentro del proceso promovido por HERNÁN LÓPEZ LÓPEZ contra MARIO ANDRÉS GONZÁLEZ MEJÍA.

**SEGUNDO. - COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

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

**CUARTO.** - REMITIR el expediente al juzgado de origen.



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**

**Magistrado Ponente**



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**

**Magistrada**



**JUAN CARLOS MUÑOZ**

**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. 520013105001- 2021-00005-01 (144)**

En San Juan de Pasto, a lo siete (7) días del mes de septiembre 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, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **LAURA EFIGENIA ERAZO PAZ**, contra **PROTECCIÓN 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**

**LAURA EFIGENIA ERAZO PAZ**, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del acto de afiliación de la demandante al fondo privado **PROTECCIÓN S.A.** efectuado a partir del 1º de diciembre de 1998. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones con la capitalización, indexación e intereses de mora. Adicionalmente, solicitó se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a la demandante con su afiliación en el RAIS, sin contar con la asesoría pensional., junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de mayo de 1959. Que realizó aportes y/o cotizaciones a **PROTECCIÓN S.A.**, desde el 1º de diciembre de 1998 hasta el 30 de enero de 2019, contabilizando 1.052,286. Que **PROTECCIÓN S.A.**, sin mediar asesoría idónea en materia pensional, promovió la afiliación de la demandante al RAIS, a partir del 1 de diciembre de 1998. Que el 1º de octubre de 2019 **PROTECCIÓN S.A.** realizó una simulación de pensión

a la demandante, de acuerdo con el saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual, determinando que sólo podía aspirar a una devolución de saldos. Que el 26 de agosto de 2020 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, en la que solicitó se efectúe la ineficacia de su afiliación al RAIS para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Que COLPENSIONES no dio respuesta a la solicitud impetrada. Que de haberse afiliado al RPM solo le faltarían cotizar 248 semanas para pensionarse con una pensión de vejez equivalente al 55% del IBC. Que la imposibilidad de acceder a su pensión de vejez, le ha generado constante preocupación y afectación anímica alterando su salud física y mental. Que en la actualidad labora con el Municipio de Pasto con posibilidad de retirarse cuando cumpla 70 años.

### **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 del 16 de marzo de 2021 (Fls. 50-52), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

**PROTECCIÓN S.A.** en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN 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”, e “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA” (Fls. 55-103).

**COLPENSIONES** en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO BAJO LOS ACTUALES LINEAMIENTOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA SL 373 - 2021”, “INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PROTECCIÓN S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASO DE INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN”, “RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”,

“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y la “INNOMINADA”. (Fls. 133-146).

El Ministerio Público, manifestó que las entidades convocadas deben acreditar que brindaron la asesoría pertinente y suministraron información clara, oportuna y suficiente para que la afiliación sea válida. Como excepción de mérito propuso la denominada “IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES” (Fls. 167-171).

El juzgado de conocimiento el 19 de julio 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, decretó las pruebas solicitadas y fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 327-330).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 17 de febrero de 2023, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, declaró probada de oficio la excepción de fondo “IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA SOBRE EL ACTO INICIAL DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES”, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por la actora y exoneró a la demandante del pago de costas procesales (Fls. 393-396).

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

En síntesis, el apoderado judicial de la parte demandante manifestó que, si bien en el escrito de demanda se hace referencia a que la demandante se vinculó inicialmente al Departamento de Nariño desde 1998, no se valoró el interrogatorio de parte rendido por la actora, en el que informó que laboró para la Secretaría de Educación Departamental de Nariño como profesora de hora cátedra, y que los aportes a salud y pensión los efectuaba directamente el empleador, pero que no tenía certeza a que entidad se realizaron, advirtiendo en todo caso que en el momento en el que el Juez A Quo se dispuso a continuar con el interrogatorio de parte que había dispuesto de oficio, se presentaron problemas de conexión, tornándose imposible culminar con la práctica de la prueba, por lo que no se despejó la duda encaminada a determinar si tuvo otro tipo de empleos a través de los cuales realizó aportes a pensión antes de la vinculación con el Departamento de Nariño, por ende, no se estableció con certeza si se trataba de una afiliación inicial o un traslado de fondo de pensiones, por ello, aduce que en virtud de que el Juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos con el fin de obtener la verdad real y superar los estados de incertidumbre presentados en este asunto, solicita a esta Corporación *“haga uso de la discrecionalidad al momento de valorar el material probatorio”* y además dar aplicación al artículo 83 del CPT y de la SS., en el sentido de ordenar la complementación del

interrogatorio de la demandante; se realice una valoración íntegra de las pruebas obrantes en el plenario y se acceda a las pretensiones incoadas en la demanda.

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

El recurso interpuesto 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.

La parte actora, solicitó se revoque la decisión adoptada por el juez cognoscente, y reitera que en segunda instancia se realice la ampliación del interrogatorio de parte decretado de oficio por el Juez A Quo, para establecer si en el caso se trata de una afiliación inicial o de un traslado de régimen. Así mismo, sostiene que la demandante laboró para la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, de lo cual da cuenta el CETII, que anexa a los alegatos de conclusión y que solicita sea valorado, junto con la información suministrada por la actora frente a la falla de conectividad. En conclusión, pretende que una vez se haga una valoración íntegra de pruebas se accedan a las pretensiones de la demanda.

COLPENSIONES manifestó que teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio se afilió a PROTECCIÓN S.A. por primera vez constituye una afiliación inicial no resulta procedente la ineficacia de traslados pretendido.

Por su parte el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la decisión de la primera instancia debe confirmarse, por tratarse de una afiliación inicial y no de un traslado de régimen pensional

Mediante auto calendado 24 de julio de 2023, se negó la solicitud de ampliación de interrogatorio de parte formulada por la parte actora y de reabrió el debate probatorio para tener como prueba de oficio la Certificación de Tiempos Electrónicos, corriéndose traslado a las partes.

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 interpuesto por la parte demandante, le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

## SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

### NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, 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

---

<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)*

23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

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

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

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 en esta instancia se encuentran acreditados los siguientes aspectos: i) la demandante laboró para la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, como docente desde el 1° de septiembre de 1986 hasta el 30 de junio de 1987 y del 1° de septiembre de 1987 hasta el 30 de junio de 1988; ii) que durante los periodos

antes mencionados el Departamento de Nariño, no afilió a la demandante a ninguna entidad de previsión ni a un fondo. iii) que la única vinculación de la demandante al Sistema Pensional se realizó el 2 de diciembre de 1998 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., según el formulario de vinculación No. 9966677 visible a folio 104, en el que se registra como empleador a la “*Gobernación de Nariño*”;

Ahora bien, la demandante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., para que en su oportunidad pueda tramitar su pensión en el Régimen de Primera Media con prestación definida por COLPENSIONES, por ser éste el más favorable, solicitud que para esta Sala no resulta procedente, pues en este caso no nos encontramos en presencia de un traslado de régimen, pues nótese que la demandante en el año 1999, se afilió a PROTECCIÓN SA. en donde permaneció por un tiempo superior a 20 años sin manifestar inconformidad, siendo esta su primera y única vinculación, pues si bien, la demandante en al rendir interrogatorio de parte, manifestó que laboró con el FER (Fondos Educativos Regionales), como profesora hora catedra y supone que fue afiliada a una entidad como Colpensiones, lo cierto es que, ello no se acreditó, por el contrario de la certificación electrónica de tiempos laborales CETIL, se advierte que la actora antes de afiliarse a PROTECCIÓN, no provenía de ninguna AFP de origen, en otras palabras, no se demostró que contara con alguna vinculación al sistema, siendo entonces su primera y única afiliación la realizada ante PORVENIR S.A. el 2 de diciembre de 1998.

Conviene advertir, en lo que respecta al interrogatorio de parte rendido por la promotora del litigio, que el propósito de esta prueba no es crear su propia prueba, como erradamente lo pretende el recurrente, siendo pertinente recordar que la Sala de Decisión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1394 de 2023, determinó que *“a nadie le es permitido crear su propia prueba”*, y que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, tal y como lo previó la Sala de Decisión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 11325 de 2016 en la que manifestó:

*“es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda.”*

Bajo tales premisas, una vez seleccionado el régimen de Ahorro Individual, el acto jurídico de traslado debía ceñirse a los tiempos establecidos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de 3 años y luego, con la ley 797 de 2003, de 5 años, sin que, en todo caso, le faltan menos 10 años para cumplir el requisito mínimo de la edad para pensionarse, en cuyo caso el traslado sería negado, como efectivamente sucedió en el sub lite.

Así las cosas, en el caso bajo estudio no es posible declarar la ineficacia del traslado cuando este nunca existió, y tampoco la ineficacia de la afiliación bajo el argumento de no haber recibido en debida forma la información en la forma como lo exigen los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, pero que en todo caso no podría perder su validez y eficacia, que permita su regresión al estado anterior, porque a diferencia de una ineficacia de traslado de régimen pensional, la pérdida de validez de la primera afiliación regresaría las cosas a su estado inicial en donde los recursos destinados a financiar las prerrogativas del sistema pensional, no se trasladarían al anterior régimen sino a los propios cotizantes; en este caso, al demandante y a su empleador el Municipio de Pasto, porque se insiste no existió una vinculación anterior.

Lo anterior, se acompasa con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4211 de 2021, en la que en un asunto similar expuso:

“(…)”

*“Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.*

*(…) Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.*

*No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.*

*Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.*

*Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”.*

En línea con lo anterior, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1806 de 2022 determinó:

*“La jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”*

Así las cosas, de los anteriores precedentes jurisprudenciales citados, podemos concluir que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado su postura frente a la obligación que tienen las AFP, de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideren pertinente, tratándose de afiliaciones iniciales como lo es el caso de la actora, la declaratoria de ineficacia no resulta procedente, pues las consecuencias de esta última como lo estableció nuestro órgano de cierre en la sentencia citada es que el afiliado siempre permaneció al régimen anterior, mismo que en este caso no existe.

Finalmente, conviene advertir que si bien la omisión en la afiliación de demandante, es responsabilidad de la entidad empleadora, lo cierto, es que de tal situación no puede suponerse una afiliación al RPM, que nunca existió y tampoco puede reemplazarse con los certificados de tiempos laborados, documentos que resultan inanes para demostrar afiliación a algún tipo de régimen pensional.

### **CONCLUSIÓN.**

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado resulta procedente confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 17 de febrero de 2023.

### **COSTAS**

De conformidad con el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., hay lugar a condenas en costas de segunda instancia, a cargo de la demandante en favor de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Así las cosas, las costas se fijan en un 1 SMLMV para cada una, esto es, \$1.160.000, según lo dispone el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

### **III. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 17 de febrero de 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

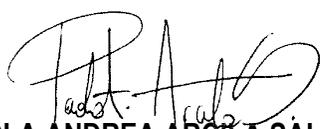
**SEGUNDO:** Las costas de segunda instancia se impondrán a cargo de la parte demandante LAURA EFIGENIA ERAZO PAZ y a favor de PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en un 1 SMLMV para cada una, esto es, \$1.160.000, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 345. 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

  
**PAOLA ANDREA ARCILA SÁLDARRIAGA**  
Magistrada

  
**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado



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

Magistrado Ponente  
**Luis Eduardo Angel Alfaro**

Septiembre siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	520013105003-2019-00501-01 (367)
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Juzgado Tercero del Circuito de Pasto
<b>Demandante:</b>	Carmen Argenis David Enríquez
<b>Demandados:</b>	PAR Caprecom Liquidada
<b>Asunto:</b>	Consulta y apelación sentencia. Se revoca parcialmente y se modifican condenas. Se confirma en lo demás.
<b>Acta No.</b>	328

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia emitida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor del PAR Caprecom E.I.C.E. En Liquidación.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones.

Carmen Argenis David Enríquez, llamó a juicio a la referida convocada con el propósito que se **DECLARE:** la existencia de un contrato realidad de trabajo a

término indefinido con vigencia entre el 1º de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2016 y que fue terminado sin justa causa por la empleadora. Consecuencialmente, depreca condenar a la demandada al pago de los derechos laborales de orden convencional y legal descritos en la demanda, junto con las costas procesales.

## **2. Hechos.**

Afirma la accionante que se vinculó a la Caja de Previsión Social de comunicaciones CAPRECOM regional Nariño en calidad de Gestora de vida sana y/o promotor en el Municipio de Policarpa – Nariño, ininterrumpidamente entre agosto 1º de 2010 y enero 31 de 2016, vinculación que por directriz de la entidad demandada inicialmente se le hizo mediante Cooperamos CTA y ulteriormente a partir del 1º de junio de 2012 directamente por CAPRECOM a través de contratos de prestación de servicios. Que su último salario fue de \$ 1.321.840,00, cumplió horario de 8:00 am a 12 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm., el 31 de enero de 2016 fue despedida injustamente. Que el 22 de noviembre de 2016 solicitó el pago de sus derechos laborales, petición que fue negada el 13 de noviembre de 2016.

## **Contestaciones de la demanda.**

Trabada la Litis la FIDUCIARIA LA PREVISORA, como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, al contestar la demanda, negó unos hechos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones incoadas por la demandante, al considerar que entre la demandante CAPRECOM E.I.C.E. jamás existió ni existe una relación jurídica regida por un contrato de trabajo o similar, mucho menos, que fuese ininterrumpido, como afirma; que al parecer el 1º de junio de 2012, la accionante suscribió un contrato de prestación de servicios, identificado como Orden de Prestación de Servicios No. 052-032-2012, cuyo objeto consistió en la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO AUXILIAR ADMINISTRATIVO PARA APOYO COMO GESTORA DE VIDA SANA EN EL MUNICIPIO DE POLICARPA", el cual se mantuvo vigente por el término de dos meses, es decir, hasta 31 de agosto de ese mismo año y con posterioridad, se suscribieron diferentes contratos de prestación de servicios que consagran diferentes obligaciones, honorarios y objeto entre sí. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de causa para pedir, inexistencia de la obligación, extemporaneidad en el depósito de la convención, inexistencia de convención

aplicable al caso concreto, solución de continuidad, tesis de actos propios, buena fe y prescripción.

### **3. Decisión de primera instancia.**

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 1º de agosto de 2022, en la que previa valoración de los medios de pruebas, encontró mérito para declarar; i) que entre las partes existió un contrato de trabajo, entre el 1º de agosto de 2010 y el 31 de agosto de 2016, ii) que fue terminado sin justa causa; iii) probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas los demás medios exceptivos formulados por pasiva. Condenó al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM, administrado por encargo fiduciario por FIDUPREVISORA S.A., a pagar auxilio de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad convencional, bonificación por servicios, bonificación por recreación, quinquenio convencional, dotación, prima de junio convencional, bonificación de diciembre, indemnizaciones por despido injusto, moratoria; además, las costas del proceso.

### **4. La apelación.**

Contra la anterior decisión se reveló parcialmente la parte demandante, se remite a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, y al paso, señala que como quiera que la moratoria solo se concede hasta la liquidación de la demandada, esto es 27 de enero de 2017, se condene a esta última a indexar o actualizar la condena hasta el momento en que efectivamente se cancele.

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

### **Alegatos de conclusión:**

Bajo el espectro del Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de abril de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, la demandante y la Fiduprevisora S.A. exponiendo en síntesis lo siguiente.

**La demandante**, manifiesta que con la valoración probatoria aportada quedó evidenciada que la vinculación corresponde a una relación de origen laboral, dado que se encuentran acreditados todos y cada uno de los requisitos que esta figura jurídica exige. De otro lado, ratifica su petición de indexación de las

acreencias laborales hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.

**El demandado** PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA, enfatiza que no ha sido objeto de discusión en el curso de este proceso la existencia de la prestación del servicio y tampoco la remuneración, por ser inherentes a la modalidad de contratos celebrados; además, que las pruebas no lograron acreditarse los requisitos del contrato realidad, en especial, la subordinación. De otro lado, hace alusión a la buena fe para reprochar la condena a la sanción moratoria, enfatizando que conforme la jurisprudencia especializada, el tiempo de la indemnización moratoria está limitado hasta la fecha de liquidación de la entidad.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se subsume exclusivamente a la inconformidad planteada en la alzada. Respecto del grado jurisdiccional de consulta, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia en lo que sea adverso a los intereses de la entidad demandada.

#### 2. Problemas jurídicos.

De acuerdo a los reparos concretos efectuados en la apelación y en atención a la consulta que se surte a favor de la demandada, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

¿Existen elementos fácticos y legales para reconocer a la demandante la calidad de trabajadora oficial y por ende vinculado mediante contrato laboral, bajo el principio de primacía de la realidad?

Si lo anterior resulta positivo, como problema jurídico asociado deberá la Sala determinar si, ¿se ajustan a derecho las condenas impuestas a la pasiva?

¿Es procedente indexar los conceptos laborales a favor de la actora hasta que

el pago de los mismos se haga efectivo?

### 3. Respuesta a estos planteamientos.

Para resolver el primer problema jurídico, conviene puntualizar que al tenor de la Ley 314 de 1996, la naturaleza jurídica del pretense empleador se imbuje en una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de las Comunicaciones, de ahí que, por regla general, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, y por excepción, los estatutos de dichas empresas precisarán las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados públicos. La condición de un servidor público como trabajador oficial o empleado público, se define exclusivamente por la Ley<sup>1</sup>.

De otro lado, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, dispone que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: a.) La actividad personal del trabajador (...) b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono (...) y c.) El salario como retribución del servicio. El artículo 3º estipula que una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé. A su turno, el artículo 20 del referido decreto expresa que: *"El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"*

Entonces, verificará la Sala si de los medios de pruebas acopiados al plenario es dable desentrañar los presupuestos insertos en tales dispositivos.

#### **Prestación personal del servicio**

En el sub lite, anota la Sala, operó la actividad personal de la demandante, pues de la constancia visible a folio 19 del archivo 02, se desprende que prestó sus servicios como Gestora de Vida Sana del Municipio de Policarpa (N) y de los Contratos de Prestación de Servicios que militan a folios 21 a 85 archivo 02, de los que vale destacar, que en el numeral 4º de la cláusula segunda de la O.P.S., en lo atinente a las funciones, se estipula: *"Las demás responsabilidades que les sean asignadas por su jefe inmediato y que se deriven de la evolución de los procesos del comportamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud"*,

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia del 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968.

además, se cuenta con las declaraciones de los testigos **Consuelo Gonzales de Bermúdez, Alba Coral Fajardo, Edward Byron Gomajoa Ojeda, Carlos Emilio Chávez Martínez** ex-trabajadores de la extinta CAPRECOM E.I.C.E., quienes ratificaron que la promotora del litigio laboró para la demandada, como Gestora de Vida Sana desarrollando funciones relacionadas con su cargo propias del objeto social de la empresa, las cuales describen en detalle, dada la percepción directa que tenían de su labor; también se cuenta con la declaración de la señora **Sandra Milena Díaz Romero**, amiga de infancia de la actora y por ese conocimiento personal y directo atestó que esta última prestó servicios a favor de la entidad enjuiciada

### **De la subordinación**

Así, demostrada la prestación del servicio de la parte activa a favor del ente accionado, le correspondía a este último desvirtuar la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, demostrando que la labor desplegada por la demandante fue autónoma e independiente.

Al respecto, constata la Sala que, las declarantes Consuelo González de Bermúdez, Carlos Emilio Chávez Martínez y Alba de Jesús Coral Fajardo, quienes laboraron al servicio de la accionada hasta mayo de 2016, al unísono manifestaron que la afiliación a las Cooperativas de Trabajo, era un requisito para laborar en CAPRECOM, y que los contratos de prestación de servicios los remitían desde la Dirección Central. En cuanto al horario de trabajo indicaron que era de 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., pues informaron, inclusive, la testigo Alba Coral Fajardo, traída instancia de la pasiva, que los contratistas cumplían el mismo de los trabajadores de planta, y que los memorandos se dirigían a la territorial Nariño, incluidos los contratistas. Estos deponentes, testigos presenciales de los hechos narrados, fueron contestes al afirmar que la demandante no era autónoma, que era dependiente, que, si bien en el contrato se establecía el objeto contractual, siempre estuvo sujeta a directrices nacionales, regionales, horarios, visitas, todas las actividades que eran absolutamente obligatorias. Se refuerza lo anterior con la documental visible a folio 87 archivo 02, contentiva de un correo en el que, la señora Alba Coral Fajardo, Profesional Universitario de la entidad, se dirige a toda la territorial Nariño sin distinción de que sean empleados de planta o empleados de prestación de servicios, exhortando, *“por favor cuando necesiten ausentarse de la entidad solicité llenar el formato de permiso, no marcar tarjeta y salir”*, elementos reveladores de palmaria de subordinación.

De cara a lo anterior, luce claro que la pretendiente nunca prestó sus servicios de forma autónoma o independiente.

Luego entonces, de conformidad con el análisis en conjunto y crítico de las pruebas, se concluye que la parte demandada, no desvirtuó la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, toda vez que las circunstancias que rodearon el vínculo contractual entre las partes enfrentadas en la litis, son indicativas de la existencia de la típica subordinación jurídica, y si bien, su vinculación fue mediante contratos de prestación de servicios, esta fue aparente, por lo que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas -artículo 53 Constitucional-, se configuró la existencia de una verdadera relación laboral entre ellas. Es más, cabe anotar que, conforme con el cargo desempeñado por la demandante y las actividades enlistadas en los contratos, es claro que distan de ser de confianza y manejo, por ende, no encajan en la excepción, para ostentar la calidad de empleada pública, lo que implica que se perfila dentro de la calidad general de trabajadora oficial.

Queda así demostrada la prestación personal del servicio y la subordinación, y como quiera que el tercer requisito referido a la contraprestación por la actividad desplegada por el pretendiente es un hecho indiscutido, queda establecido el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

### **Del salario y extremos temporales.**

En este punto, sea lo primero advertir que en lo que concierne al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2010 y el 31 de mayo de 2012, según afirma la demandante en el escrito inaugural, su vinculación con CAPRECOM, se realizó a través de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO "COOPERAMOS CTA", este lapso fue acogido por la A quo, apoyada en la relación de semanas de cotización contenidas en la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A.2, de la que extractó que el primer vínculo que existió entre las partes se dio en dicho interregno.

Examinada dicha probanza se evidencia que, en efecto da cuenta de las cotizaciones realizadas a nombre de la actora, donde figura como razón social del empleador la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO "COOPERAMOS

---

2 Ver folios 4 y siguientes archivos 24

CTA" y las cotizaciones en dichos periodos. Para la Sala, este soporte probatorio adoptado por la operadora judicial para establecer tales horizontes temporales, se consolida con los testimonios de **Consuelo Gonzales de Bermúdez, Alba Coral Fajardo, Edward Byron Gomajoa Ojeda, Carlos Emilio Chávez Martínez**, quienes fueron contestes al afirmar exponiendo la ciencia de sus dichos, que la demandante laboró al servicio de la entidad demandada desde el año 2010 y que lo hizo a través de CTA lo cual les consta, en cuanto también fueron contratistas y para ese entonces a todos los vinculaban a través de aquellas entidades. Estas narraciones merecen credibilidad en tanto fueron testigos directos de los hechos narrados por haber sido compañeros de trabajo de aquella, y sirven para infundir la convicción que, en realidad de verdad, la citada Cooperativa, sirvió de enlace laboral entre las enfrentadas en la Litis entre el 1º de agosto de 2010 y el 31 de mayo de 2012. Así, la Sala no hará ningún reparo frente a la conclusión a la que arribo la cognoscente frente a este periodo laborado por la promotora del juicio.

En lo que atañe al salario devengado en el mencionado intervalo, al no contar con mayores medios de prueba, sirve la relación de semanas de cotización contenidas en la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A.3, para extractar que el Ingreso Base de Cotización correspondió al salario mínimo legal mensual vigente, por manera que a efectos de efectuar los cálculos de los derechos laborales causados en el mismo, este será el tenido en cuenta.

En lo que concierne al itinerario laboral subsiguiente de la pretendiente, esto es, a partir del 1º de junio de 2012, tras confrontar el valor contenido en los contratos (O.P.S.) que se visualizan a folios 21 a 85 del archivo 02 y 34 a 38 archivo 06, se desprende que devengó los siguientes salarios:

FECHA-PLAZO	VALOR DEL CONTRATO	NUMERO DE OPS Y UBICACIÓN
Junio 1º al 20 de 2012	\$ 847.333	OPS No. 032. Folio 34 archivo 06
Julio 1º a agosto 31 de 2012	\$2.542.000	OPS No. 061. Folio 38 archivo 06
Septiembre de 2012	\$ 1.271.000	OPS No. 150. Folio 21 archivo 02
Octubre a diciembre de 2012	\$3.813.000	OPS No. 188. Folio 26 archivo 02
<b>PROMEDIO SALARIO AÑO 2012</b>	<b>\$ 977.542</b>	
Enero a marzo de 2013	\$3.431.700	OPS No. 031. Folio 31 archivo 02
Abril a noviembre de 2013	\$5.084.000	OPS No. 118. Folio 37 archivo 02

3 Ver folios 4 y siguientes archivos 24

Diciembre 1º al 31 de 2013	\$ 847.332	Prorroga 01 y 02 OPS No. 118. Folio 43 y 46 archivo 02
<b>PROMEDIO SALARIO AÑO 2013</b>	<b>\$ 780.253</b>	
Enero a abril de 2014, adicionada al 27 de junio del mismo año	\$5.022.992 \$2.511.496	OPS No. 023 Folio 48 archivo 02 Prorroga 01 Folio 55
Julio a agosto 3 de 2014	\$1.321.840	OPS 412. Folio 58 archivo 02
Agosto 4 a septiembre 30 de 2014	\$2.203.067	OPS No. 513 Folio 64 archivo 02
Octubre a diciembre de 2014	\$3.965.520	OPS No. 590. Folio 70 archivo 02
<b>PROMEDIO SALARIO AÑO 2014</b>	<b>\$1.288.794</b>	
Enero a junio 30 de 2015	\$7.270.119	OPS No. 073. Folio 75 archivo 02
Julio a diciembre de 2015. Con vigencia futura a enero 31 de 2016	\$9.252.880	OPS No. 522. Folio 81 y 85 archivo 02
<b>PROMEDIO SALARIO AÑO 2015</b>	<b>\$1.266.763</b>	OPS No. 188. Folio 85 archivo 02
<b>SALARIO AÑO 2016</b>	<b>\$1.321.840</b>	OPS No. 188. Folio 85 archivo 02

Respecto a los extremos temporales en los que se ejecutaron los reseñados contratos, todos los cuales están respaldados documentalmente y obran en la ubicación señalada anteriormente, que valga decir, no fueron tachadas oportunamente, se da por acreditado que luego del ligamen laboral contractual entre la demandante y la extinta CAPRECOM, que operó mediante CTA, el compromiso contractual directo con esta última, inició el 1º de junio de 2012, prolongado en el tiempo, hasta llegar al último suscrito el 1º de julio de 2015 4 con vigencia hasta el 31 de enero de 2016.

Confrontadas las fechas de suscripción de los referidos contratos, cumple advertir que, si bien es cierto se presentaron cortos lapsos de interrupción entre uno y otro, estos no alcanzan a superar los diez (10) días, como nítidamente se vislumbra de la relación que hace la pasiva en el cuadro anexo al hecho tercero de la contestación de la demanda<sup>5</sup>, por lo que es dable aceptar que la relación laboral se desarrolló en forma continua, apreciación que se emite, con apego a lo argüido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 981 de 2019<sup>6</sup> en la señaló que "*cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferior a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando del expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral*".

Con las anteriores coordenadas que acreditan la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales y el salario devengado, pasa la Sala a

4 Ver Fl. 85 archivo 02

5 Ver folio 3 archivo 06 contestación de la demanda

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 20 de febrero 2019, SL981, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

establecer si las acreencias laborales concedidas en primera instancia, se encuentran ajustadas a derecho, siendo menester abordar el estudio de la excepción de prescripción formulada en forma oportuna por la convocada a juicio.

Previo a lo anterior, importa traer a colación la postura que sobre esta temática han fijado las altas Cortes en distintos pronunciamientos, por mencionar alguno, se trae a colación fragmento, tomado de la sentencia STL 2203 de 2017.

*"En efecto, de acuerdo con el art. 6º del C.P.T.S.S. y S.S., la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, suspende el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.*

*En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca. De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6º del C.P.T y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido.*

*Siendo esto así, en el sub examine la demanda fue promovida dentro del plazo de los tres años siguientes a la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa, por cuanto si bien la solicitud del derecho se presentó el 22 de agosto de 2005, lo cierto es que la respuesta vino a producirse el 30 de diciembre de 2005 y notificarse hasta el 26 de enero de 2006 (fl. 130), motivo por el cual, debe entenderse que el término prescriptivo resurgió nuevamente el 27 de enero de 2006, y con él, la posibilidad del trabajador de accionar ante los jueces del trabajo dentro de los tres años siguientes a esta última calenda, como efectivamente ocurrió (Subrayado fuera del texto original)"*

En esa dirección, se memora que los extremos de la relación laboral se consolidaron entre el 1º de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2016. Según se constata del folio 11 anexo a la demanda (archivo 02), la actora elevó reclamación administrativa y aunque esta documental carece de fecha, según se extrae del oficio de la respuesta emitida por la demandada visible a folio 15 idem, la misma fue elevada el 22 de noviembre de 2016 y dicha contestación se emitió el 13 de diciembre de 2016, aspecto confesado en el hecho 19 de la demanda<sup>7</sup>, por tanto, en virtud de la interrupción de la prescripción (Art. 4º de la Ley 712 de 2001), el término trienal resurgió el 14 de diciembre de 2016, por consiguiente, la actora estaba habilitada para instaurar la demanda hasta ese

---

<sup>7</sup> Folio 4 archivo 02

día y mes del año 2019, y, tal como consta en el acta de reparto (archivo 01), la misma fue impetrada el 10 de diciembre de 2019 (Archivo 01), vale decir, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de respuesta de la reclamación administrativa en consecuencia operó la prescripción respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 22 de noviembre de 2013; dejando en claro que las cesantías no prescriben como quiera que su pago se hace exigible a partir de la terminación de la relación laboral. Y en cuanto a las vacaciones, importa destacar que como el trabajador tiene un año para disfrutarlas, este se suma al término trienal de prescripción, por lo que, en últimas, para reclamar este derecho laboral, además de los tres (3) años que regula la ley, se debe tener en cuenta el un año adicional para su reclamo.

Acorde con lo anterior, debe decir el Colegiado que, aunque con atinó la cognoscente declaró probado parcialmente la excepción de prescripción, no ocurrió lo mismo con la fecha a partir de la cual estableció la misma, dado que, conforme lo visto en precedencia, los derechos causados no prescriben con anterioridad al 13 de diciembre de 2013, sino del 22 de noviembre de este mismo año.

No obstante, teniendo en cuenta que la parte demandante al controvertir la sentencia de primer grado, guardó silencio frente a la fecha a partir de la cual la cognoscente encontró probada la prescripción de derechos laborales; y, que se está surtiendo consulta a favor de CAPRECOM, se mantendrá incólume la decisión de la A quo, de declarar prescritos los derechos laborales causados con anterioridad al 13 de diciembre de 2013, en cuanto aplicar la fecha determinada en esta instancia haría más gravosa su situación.

Ahora, antes de examinar la condenas, es del caso señalar que respecto de la extensión de la Convención Colectiva de Trabajo invocada por activa, concedida por la falladora de primer grado, que ningún reparo merece la decisión revisada en el grado jurisdiccional de consulta, por cuanto si bien el acuerdo celebrado el 13 de diciembre de 2018 se radicó el 23 de enero de 2012, lo que en principio conduciría a concluir que se pretermitieron los términos del artículo 469 del C.S.T., resulta importante tener en cuenta el certificado de depósito, obrante a folio 198 archivo 02 del expediente digital, en el que se explica: *"El depósito de la convención se realiza a solicitud del interesado, toda vez que se encuentra por fueradel término estipulado en el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo, pero ya había sido radicado por correspondencia el pasado 22 de*

---

8 Ver folio 196 archivo 02

diciembre de 2011". Luego entonces, el referido acuerdo fue depositado dentro de la oportunidad exigida por la ley y, portanto, su validez, no se afecta de manera alguna.

En lo referente a la aplicación de los derechos convencionales a favor de la accionante, acertó la A quo al conceder los beneficios contemplados en la CCT de Sintracaprecom, visible a folios 157 siguientes, archivo 02 del expediente digital, toda vez que en su momento, los miembros que conforman el sindicato excedían de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, según consta, en el certificado obrante a folio 199 anexo a la demanda, de tal modo que a la luz del artículo 471 del CST, la decisión de primer nivel encuentra respaldo jurídico. La convención colectiva con sus modificaciones y anexos fueron depositados en forma legal y oportuna y por lo tanto se adecua al caso.

En claro lo anterior, realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, mismas que se encuentran incluidas en el anexo que hace parte de la presente decisión, a efectos de verificar si el monto de las condenas se ajusta a derecho, en lo que respecta al monto de las condenas se encuentra lo siguiente.

#### **Auxilio de Cesantías.**

De acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947, 13 de la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes, la demandante tiene derecho a que se le reconozca esta prestación a razón de un mes de salario por año completo de servicios y proporcionalmente por fracción, por cuanto le gobierna el régimen de pago anualizado de cesantías. Por este concepto en esta instancia se obtiene la suma de \$ 6.538.522,00, valor inferior al que obtuvo la primera instancia \$ 15.675.894,00, por tanto, en virtud de la consulta que se surte a favor de Caprecom, se impone modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, estableciendo que la condena por esta prestación corresponde a la aquí liquidada.

#### **Vacaciones**

Esta prestación se deriva del artículo 54 de la CCT, en la que se lee que ésta se reconocerá según lo previsto en la Ley. Por ello, el inciso final del artículo 10 del Decreto 3135 de 1968, reza: "*Cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el*

*último sueldo devengado*". En consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la compensación en dinero de las vacaciones causadas; y, en lo que no fue objeto de conforme a las operaciones aritméticas realizadas por esta colegiatura le corresponde a la actora la suma de \$ **4.122.446,00**, valor superior al que obtuvo la primera instancia \$ **2.495.016,00** en consecuencia, dada que este último es más favorable para la demandada, en atención al grado jurisdiccional se consulta que se surte a su favor, se conservara indemne.

### **Prima de vacaciones**

A igual suma de dinero asciende este derecho a favor de la demandante, luego de aplicar el Decreto 995 de 2005 y el Decreto 404 de 2006, cuyo artículo único reza: "*Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación*", normativa aplicable de conformidad con lo dispuesto en la CCT, artículo 52, que define que esta prestación se reconocerá conforme a la Ley. La prima de vacaciones, de igual manera resulta superior \$ **4.122.446,00**, a la obtenida en primera instancia \$ **2.495.016,00**, por ende, permanece incólume para no hacer más gravosa la situación de la entidad favorecida con el grado jurisdiccional de consulta.

### **Prima de Navidad.**

Para su reconocimiento y liquidación, se tiene en cuenta el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968. Realizada la liquidación en esta instancia, en los periodos no prescritos, arroja la suma de \$ **3.239.554,00**; dado que es inferior a la establecida en primera instancia, esto es, \$ **6.498.826,00**, por estar ante el trámite de consulta a favor de la pasiva, se impone modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, estableciendo que la condena por esta prestación corresponde a la aquí liquidada.

### **Prima de navidad convencional.**

La regula el artículo 50 de la CCT; de acuerdo con la liquidación de este beneficio en esta instancia, a la actora le corresponde la suma de \$ **1.619.777,00**, como es inferior a la establecida en primera instancia, esto es, \$ **3.249.413,00**, por estar ante el trámite de consulta a favor de la pasiva, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, estableciendo que la condena por esta prestación corresponde a la aquí

liquidada.

### **Bonificación por servicios prestados**

Beneficio vertido en el artículo 55 de la CCT y de acuerdo con la liquidación efectuada en esta instancia, por el tiempo no prescrito es de **\$1.371.960,00**, como es muy superior al calculado en primera instancia esto es **\$ 197.394,00**, al ser este más favorable para la demandada, en atención al grado jurisdiccional se consulta, se conservara indemne

### **Bonificación por recreación.**

Se encuentra prevista en el artículo 64 de la CCT; y conforme lo calcula por el Tribunal, corresponde la suma de \$ **180.315,00** como es inferior a la establecida en primera instancia, esto es, **\$ 352.491,00**, se modificara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, estableciendo que la condena por esta prestación corresponde a la liquidada en esta Corporación.

### **Quinquenio convencional.**

Esta garantía esta vertida en el artículo 67 de la CCT y establece que se reconocerá y pagará a sus servidores públicos que cumplan quinquenio con la empresa; y en el sub lite, de acuerdo a lo probado, la relación laboral la accionante lo superó, por lo que calculado en esta instancia arrojó la suma de **\$ 633.382,00**, la que por ser inferior a la señalada en primera instancia, que fue de **\$ 660.920,00**, se modificara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, estableciendo que la condena por esta prestación corresponde a la liquidada en esta instancia.

### **Dotación**

Para el Tribunal resulta conveniente, precisar que, en cuanto a las dotaciones, tiene respaldo en el artículo 4ª convencional; y , conforme a los parámetros contenidos en el acápite del régimen salarial contenido en la guía de liquidación del régimen prestacional de los trabajadores de CAPRECOM, efectuada con fundamento en la convención colectiva, concretamente en el ítem 4.7., se constata que, esta prestación cobija a quienes devenguen hasta 2 smlmv, y que sin importar este monto, tienen derecho quienes ocupen los cargos que taxativamente se enlistan en referido dispositivo.

Con sujeción a lo anterior, la aquí demandante, no tiene derecho al

reconocimiento de dotaciones, como quiera que, devengaba más de dos (2) smlmv; y, no acreditó haber ocupado uno de los cargos de los relacionados en el citado precepto. En consecuencia, en virtud a la consulta que se tramita a favor de Caprecom, se revocará la condena que por este concepto impuso la A quo.

### **Prima de junio convencional.**

Este concepto se encuentra establecido expresamente en el artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual establece que CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio, la cual se calcula sobre el sueldo básico, que asciende a **\$ 1.387.932,00**, valor que está por debajo del que estableció la primera instancia, que fue de **\$ 4.075.063,00**, por tanto se modificará la condena por este concepto, acogiéndola fijada en esta instancia.

### **Bonificación de diciembre.**

Tiene fundamento en el Decreto 3340 de 1955. Para CAPRECOM fue incluida mediante Acuerdo 12 de diciembre de 1962<sup>10</sup>. La A quo, la calculó en **\$2.037.837,00** y examinada en esta instancia, la misma arroja la suma de **\$ 1.332.855,00**, por lo que, siendo más benéfica para CAPRECOM la liquidada en esta instancia, se modificará tal condena.

### **Indemnización por despido injusto**

Al respecto esta Sala señala que, acreditado como se encuentra que lo realmente existente desde el inicio entre las partes fue un contrato de trabajo, conforme lo reglamentan los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, el mismo se entiende a término indefinido y, por tanto, pactado por seis meses y prorrogado en las mismas condiciones por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, "(...) por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo (...)"

En el caso bajo estudio, el contrato celebrado entre las partes experimentó diversas prorrogas durante toda su vigencia, pues la relación laboral inició el **1º de agosto de 2010**, prorrogándose sucesivamente hasta el **31 de enero de 2016**, fecha de terminación del mismo, por lo tanto, conforme lo reglamenta el artículo 51 del mencionado Decreto 2127 de 1945, al no existir justa causa

---

<sup>10</sup> Ver folio 118 archivo 02

comprobada habría lugar a reconocer como indemnización, el valor de los salarios correspondiente al tiempo que faltare para cumplirse el plazo presuntivo.

En suma, es claro para la Sala que la terminación del contrato con la demandante no obedeció a ninguna de las causales previstas como justas en el referido Decreto 2127 de 1945, concordante con el Decreto 2351 de 1945, pues según la contestación de la demanda, el contrato con el que tuvo vinculación la actora finalizó debido a que se cumplió su plazo pactado; además, en razón a la liquidación de la extinta CAPRECOM E.I.C.E. en cumplimiento de una norma vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, el decreto 2519 de 2015.

Así, hay lugar a reconocer como indemnización el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, que en este caso sería desde el **1º de febrero al 31 de julio de 2016**, que a cuentas del Tribunal asciende a la suma de **\$ 7.931.040,00**, valor que es inferior al establecido en primera instancia que fue de **\$ 9.064.191,00**, por tanto rindiendo culta a la consulta a favor de CAPRECOM, se modificará la condena por este concepto, acogiendo la fijada en esta instancia.

### **Indemnización moratoria**

En el *sub lite*, es un hecho acreditado que la demandada adeuda a la actora prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa y no hay prueba que demuestre que luego de vencidos los 90 días calendario contados a partir de terminada la relación laboral, que es el periodo de gracia que prevé el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, haya liquidado y cancelado los valores adeudados, omisión que justifica bajo la egida de la inexistencia de una relación laboral, lo que acorde con la definido en este juicio implica disfrazar una real vinculación laboral, criterio que se acompasa con lo enseñado por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 06 de diciembre de 2006, dentro del proceso radicado con el número 25713, Magistrado Ponente doctor Gustavo José Gnecco Mendoza. De ahí que, como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 20 de febrero de 2019 SL981-2019 Radicación No 74087 si vencido dicho término de gracia el empleador no realiza el pago empieza a correr la mora a su cargo.

Al hilo de lo expuesto, efectuada la operación correspondiente, se verifica que en primera instancia se estableció por este concepto la suma de

**\$13.646.643,00** y en segunda se fija en valor de \$ **11.764.376,00**; por lo que en atención a la consulta a favor de CAPRECOM, se modificará la condena por este concepto, acogiendo la fijada en esta instancia.

Finalmente, en su alzada la demandante y recurrente solicita la indexación de dicha condena, pues como bien lo asegura este concepto es susceptible de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, por lo cual es necesario indexarla para traerla a valor presente y así preservar su valor real. Para ello deberá tenerse en cuenta como IPC inicial corresponde al vigente para el momento en que debió sufragarse esta indemnización, esto es, el 27 de enero de 2017 y el IPC final al existente para la data en que efectivamente se sufrague lo adeudado, criterio que se acompasa con los sostenido por nuestro Órgano de Cierre, en sentencia 3142 de 2021, por ello se adicionará el ordinal segundo de la sentencia en lo pertinente.

### EXCEPCIONES DE FONDO

Dentro de la oportunidad legal, la demandada propuso las excepciones enlistadas al resumir la contestación de la demanda, respecto de las cuales salvo la de prescripción que prosperó parcialmente, las demás no están llamadas a prosperar, porque los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia del derecho reclamado por la parte activa y conforme lo resuelto, luce claro que, están destinadas al fracaso.

#### 5. Costas

Como quiera que la alzada tiene vocación parcial de prosperidad, la Sala se releva de imponer condena en costas a cargo de la recurrente. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

### 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. MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia, proferida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso promovido por CARMEN ARGENIS DAVID ENRÍQUEZ contra CAPRECOM, objeto de apelación y el grado jurisdiccional a favor de la esta demandada, el cual quedará así.

*"SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO como representante de CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE hoy liquidada, a PAGAR a favor de la demandante CARMEN ARGENIS DAVID ENRÍQUEZ, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las sumas de dinero por los conceptos que a continuación se relacionan:*

CESANTÍAS:	\$6.538.522
VACACIONES:	\$2.495.016
PRIMA DE VACACIONES:	\$2.495.016
PRIMA DE NAVIDAD:	\$ 3.239.554
PRIMA NAVIDAD CONVENCIONAL:	\$ 1.619.777
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS:	\$197.394
QUINQUENIO CONVENCIONAL	\$633.382
BONIFICACIÓN RECREACIÓN:	\$180.315
PRIMA JUNIO CONVENCIONAL.:	\$1.387.932
BONIFICACIÓN DICIEMBRE:	\$1.332.855
INDEMNIZACIÓN DESPIDO:	\$7.931.040
INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Monto que deberá ser indexado desde el 27 de enero de 2017 hasta el momento de su pago efectivo, conforme se explicó en la parte considerativa de esta sentencia	\$11.764.376

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta en todo lo demás.

**TERCERO. Sin lugar a condena en COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO. 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.

**QUINTO. REMITIR** el expediente al juzgado de origen.



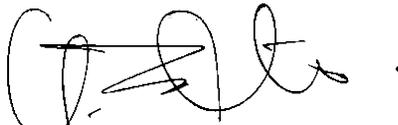
**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**

**Magistrado Ponente**



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**

**Magistrada**



**JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Magistrado.**

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES TRABAJADOR OFICIAL CAPRECOM

DEMANDANTE CARMEN ARGENIS DAVID ENRÍQUEZ  
DEMANDADO CAPRECOM  
RADICADO 2019-00501-01

EXTREMOS 01/08/2010 AL 31/01/2016

PRESCRIPCIÓN 13 DE DICIEMBRE/2013

DESDE	HASTA	SALARIO PROMEDIO	No. Dias
1/08/2010	31/12/2010	\$515.000	150
1/01/2011	31/12/2011	\$535.600	360
1/01/2012	31/12/2012	\$977.542	360
1/01/2013	31/12/2013	\$780.253	360
1/01/2014	31/12/2014	\$1.288.794	360
1/01/2015	31/12/2015	\$1.266.763	360
1/01/2016	31/01/2016	\$1.321.840	30
			1980

Se efectúo promedio, de 01/01/2012 a 31/05/2012 \$ 566,700 y de 01/06/2012 a 31/12/2012 \$ 1,271,000

Hasta 27 de junio

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

CESANTÍAS ANUALIZADAS ( DESPUES DE 31/DIC/1996)											
Período	Asignación básica mensual	Aux.transp orte	Subsidio Alimentación	1/12 Prima Navidad	1/12 Bonificació n por serv.presta dos	1/12 Prima de Junio	1/12 Prima Vacaciones	1/12 Bonificaci ón especial - Diciembre	Total	Días	Total Cesantías
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	\$61.500	\$ 41.221	\$-	\$-	\$-	\$ 10.724	\$ -	\$ 628.445	150	\$261.852
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	\$63.600	\$ 42.528	\$-	\$-	\$-	\$ 26.739	\$ -	\$ 668.467	360	\$668.467
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	\$28.250	\$ 18.606	\$-	\$-	\$-	\$ 42.683	\$ -	\$ 1.067.081	360	\$1.067.081
01/01/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	\$70.500	\$ 46.192	\$-	\$-	\$-	\$ 37.373	\$ -	\$ 934.318	360	\$934.318
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	\$ -	\$ 47.551	\$128.277	\$ 34.010	\$107.400	\$ 61.573	\$53.700	\$ 1.721.304	360	\$1.721.304
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	\$37.000	\$ 49.767	\$131.239	\$ 52.782	\$105.564	\$ 62.995	\$52.782	\$ 1.758.891	360	\$1.758.891
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	\$77.700	\$ 53.634	\$10.446	\$ 27.538	\$ 18.359	\$ 5.205	\$4.590	\$ 1.519.312	30	\$126.609
										<b>TOT AL</b>	<b>\$6.538.522</b>

De enero a mayo/2012 devengo menos del tope para aux.transporte y sub.alimentación, se efectuo el promedio

El 1er semestre devengo menos del tope para aux.transporte, se efectuo el promedio

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

<b>COMPENSACIÓN DE VACACIONES</b>									
<b>Período</b>	<b>Asignación básica mensual</b>	<b>Aux.transp orte</b>	<b>Subsidio Alimentación</b>	<b>1/12 Bonificación por serv.prest ados</b>	<b>1/12 Prima de servicios</b>	<b>Días período</b>	<b>Días a compensar</b>	<b>Total Prima de Vacacione s</b>	<b>Total vacaciones compensadas</b>
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	\$61.500	\$ 41.221	\$-	\$-	150	6,25	\$ 312.307	\$ 312.307
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	\$63.600	\$ 42.528	\$-	\$-	360	15	\$ 749.536	\$ 749.536
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	\$28.250	\$ 18.606	\$-	\$-	360	15	\$ 749.536	\$ 749.536
01/01/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	\$70.500	\$ 46.192	\$-	\$-	360	15	\$ 749.536	\$ 749.536
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	\$ -	\$ 47.551	\$34.010	\$107.400	360	15	\$ 749.536	\$ 749.536
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	\$37.000	\$ 49.767	\$52.782	\$105.564	360	15	\$ 749.536	\$ 749.536
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	\$77.700	\$ 53.634	\$27.538	\$ 18.359	30	1,25	\$62.461	\$ 62.461
<b>TOTAL</b>							<b>82,50</b>	<b>\$4.122.446</b>	<b>\$ 4.122.446</b>

Se liquidan con el último salario devengado y factores salariales como aux. transporte, sub.alimentación, 1/12 bon.ss prestados, 1/12 prima de ss (prima de junio)

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

PRIMA DE NAVIDAD (SE CAUSA A 30/NOV X 1/12 X MES COMPLETO)									
Período	Asignación básica mensual	Aux.transp orte	Subsidio Alimentación	1/12 Bonificación por serv.prest ados	1/12 Prima de Servicios	1/12 Prima Vacaciones	Total	Doceavas	Total Prima Navidad
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	\$61.500	\$ 41.221	\$-	\$-	\$-	\$617.721	0	PRESCRITO
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	\$63.600	\$ 42.528	\$-	\$-	\$-	\$641.728	0	
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	\$28.250	\$ 18.606	\$-	\$-	\$-	\$ 1.024.398	0	
01/01/2013 - 12/12/2013	\$ 780.253	\$70.500	\$ 46.192	\$-	\$-	\$-	\$896.945	0	
13/12/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	\$70.500	\$ 46.192	\$-	\$-	\$-	\$896.945	0	\$-
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	\$ -	\$ 47.551	\$34.010	\$107.400	\$ 61.573	\$ 1.539.327	12	\$ 1.539.327
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	\$37.000	\$ 49.767	\$52.782	\$105.564	\$ 62.995	\$ 1.574.870	12	\$ 1.574.870
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	\$77.700	\$ 53.634	\$27.538	\$ 18.359	\$ 5.205	\$ 1.504.276	1	\$ 125.356
								<b>TOTAL</b>	<b>\$ 3.239.554</b>

Se reconoce por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado

PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL		
Período	Valor Prima de Navidad	Total Prima Navidad Convencional
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ -	PRESCRITO
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ -	
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ -	
01/01/2013 - 12/12/2013	\$ -	
13/12/2013 - 31/12/2013	\$ -	\$ -
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.539.327	\$769.664
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.574.870	\$787.435
01/01/2016 - 31/01/2016	\$ 125.356	\$62.678
<b>TOTAL PRIMA NAVIDAD CONVENCIONAL</b>		<b>\$1.619.777</b>

ART. 50: 15 días adicionales a los pagados por prima de navidad - No constituyen factor salarial

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

<b>BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS</b>						
Período		Sueldo Básico	No. Días	Porcentaj e según tope salarial	Total Bonificación por servicios prestados	TOPE SALARIAL (Si devenga más del tope el 35%)
1/08/2010	31/07/2011	\$535.600	360	0%	PRESCRITO	
1/08/2011	31/07/2012	\$977.542	360	0%		
1/08/2012	31/07/2013	\$780.253	360	0%		
1/08/2013	12/12/2013	\$780.253	132	0%		
13/12/2013	31/07/2014	\$1.288.794	228	50%	\$408.118	\$ 1.333.468
1/08/2014	31/07/2015	\$1.266.763	360	50%	\$633.382	\$ 1.395.608
1/08/2015	31/01/2016	\$1.321.840	180	50%	\$330.460	\$ 1.504.047
<b>TOTAL</b>					<b>\$ 1.371.960</b>	

Se pagará por el cumplimiento de un año de servicio o proporcional si el tiempo es menor - Es factor salarial

<b>BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN - 3 DIAS DISFUTE VACACIONES Ó 2 DIAS DE ABM</b>				
Período		Sueldo Básico	Días a reconocer	Total Bonificación de Recreación
1/08/2010	31/12/2010	\$515.000	0,00	PRESCRITO
1/01/2011	31/12/2011	\$535.600	0,00	
1/01/2012	31/12/2012	\$977.542	0,00	
1/01/2013	12/12/2013	\$780.253	0,00	
13/12/2013	31/12/2013	\$780.253	0,10	\$ 2.601
1/01/2014	31/12/2014	\$1.288.794	2,00	\$85.920
1/01/2015	31/12/2015	\$1.266.763	2,00	\$84.451
1/01/2016	31/01/2016	\$1.321.840	0,17	\$ 7.344
			<b>TOTAL</b>	<b>\$180.315</b>

No es factor salarial

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

PRIMA DE JUNIO			
PERIODO	Sueldo Básico	No. Días	Total Prima de Junio
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	0	PRESCRITO
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	0	
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	0	
01/01/2013 - 12/12/2013	\$ 780.253	0	
13/12/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	0	\$-
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	180	\$ 1.288.794
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	180	\$ 1.266.763
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	30	\$220.307
<b>TOTAL PRIMA DE JUNIO</b>			<b>\$ 2.775.864</b>

30 días de sueldo básico, si laboró en el 1er semestre - Es factor salarial

PRIMA DE JUNIO CONVENCIONAL			
PERIODO	Sueldo Básico	No. Doceavas	Total Prima de Junio Convencional
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	0	PRESCRITO
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	0	
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	0	
01/01/2013 - 12/12/2013	\$ 780.253	0	
13/12/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	0	\$-
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	6	\$644.397
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	6	\$633.382
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	1	\$110.153
<b>TOTAL PRIMA DE JUNIO CONVENCIONAL</b>			<b>\$ 1.387.932</b>

ART. 49 CONVENCION: 15 días adicionales a los pagados por concepto de prima de junio, solo se pagarán las mensualidades que haya sido laboradas de forma completa - No constituyen factor salarial

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

<b>BONIFICACIÓN ESPECIAL DE DICIEMBRE</b>			
<b>PERIODO</b>	<b>Sueldo básico</b>	<b>No. Doceavas</b>	<b>Total Bonificación Especial Diciembre</b>
01/08/2010 - 31/12/2010	\$ 515.000	0	PRESCRITO
01/01/2011 - 31/12/2011	\$ 535.600	0	
01/01/2012 - 31/12/2012	\$ 977.542	0	
01/01/2013 - 12/12/2013	\$ 780.253	0	
13/12/2013 - 31/12/2013	\$ 780.253	0	\$-
01/01/2014 - 31/12/2014	\$1.288.794	12	\$644.397
01/01/2015 - 31/12/2015	\$1.266.763	12	\$633.382
01/01/2016 - 31/01/2016	\$1.321.840	1	\$ 55.077
<b>TOTAL BONIFICACIÓN ESPECIAL DE DICIEMBRE</b>			<b>\$ 1.332.855</b>

Equivale al 50% de asignación básica, por doceavas completas - No es factor salarial (salvo para cesantías)

<b>QUINQUENIO CONVENCIONAL</b>		
<b>PERIODO</b>	<b>Sueldo básico</b>	<b>Total Quinquenio Convencional</b>
01/08/2010 - 31/07/2011	\$ 535.600	PRESCRITO
01/08/2011 - 31/07/2012	\$ 977.542	
01/08/2012 - 31/07/2013	\$ 780.253	
01/08/2013 - 12/12/2013	\$ 780.253	
13/12/2013 - 31/07/2014	\$1.288.794	\$ -
01/08/2014 - 31/07/2015	\$1.266.763	\$633.382
01/08/2015 - 31/01/2016	\$1.321.840	\$ -
<b>TOTAL QUINQUENIO CONVENCIONAL</b>		<b>\$633.382</b>

ART.67: QUINQUENIO, según tabla le corresponden 15 días sobre asignación básica mensual - No es factor salarial

Ordinario Laboral No.  
520013105003-2019-00501-01 (367)

INDEMNIZACION MORATORIA DTO 797 DE 1949			
DESDE	HASTA CIERRE CAPRECOM	DÍAS	SALARIO
1/05/2016	27/01/2017	267	\$ 1.321.840
<b>TOTAL INDEMNIZACION MORATORIA</b>			<b>\$ 11.764.376</b>

INDEMNIZACION DESPIDO DCTO. 2127 DE 1945		
PLAZO	180 DIAS	SALARIO
PRESUNTO	01/02/16 - 31/07/2016	\$ 1.321.840
<b>TOTAL INDEMNIZACION</b>		<b>\$ 7.931.040</b>

RESUMEN ACREENCIAS	VALOR
CESANTÍAS	\$6.538.522
PRIMA DE SERVICIOS	\$4.122.446
VACACIONES COMPENSADAS	\$4.122.446
PRIMA DE NAVIDAD	\$3.239.554
PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL	\$1.619.777
BONIFICACIÓN POR SS.PRESTADOS	\$1.371.960
BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN	\$ 180.315
PRIMA DE JUNIO	\$2.775.864
PRIMA DE JUNIOCONVENCIONAL	\$1.387.932
BONIFICACIÓN ESPECIAL DE DICIEMBRE	\$1.332.855
QUINQUENIO CONVENCIONAL	\$ 633.382
INDEMNIZACION MORATORIA	\$ 11.764.376
INDEMNIZACION DESPIDO	\$7.931.040
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 47.020.468</b>

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. 520013105001-2020-00139 01 (209)**

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de septiembre 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, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **SOCORRO DE JESUS TUPAZ GRIJALVA**, 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**

**SOCORRO DE JESUS TUPAZ GRIJALVA**, 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.** En consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.** a efectuar el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, bono pensional, frutos e intereses, indexación por la devaluación y demás acreencias que se hayan causado por el uso del dinero, sumas todas estas que deberá recibir **COLPENSIONES**, y se declare, además, que es beneficiaria del régimen de transición. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a pagar las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al ISS, desde el 18 de febrero de 1993 hasta el 31 de julio de 2000. Que **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual. Que, en octubre de 2019, solicitó ante **PORVENIR S.A.**, una simulación pensional, obteniendo como resultado que le faltaba mucho

capital para la pensión mínima. Que solicitó ante COLPENSIONES, el traslado de régimen, el que le fue negado.

### **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 3 de julio de 2020, 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 (fl. 48).

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.

**PORVENIR S.A.** en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, y la “INOMINADA o GENÉRICA”. (fls. 52 y ss).

**COLPENSIONES** en su defensa propuso como excepciones de fondo las denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIACIÓN”, “BUENA FE”, entre otras (fl.96 y ss).

El juzgado de conocimiento el 2 de junio 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 (fl.168 y ss).

El Juez A Quo, el 12 de diciembre 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. realizado el 15 de febrero de 1995, así como el suscrito ante “HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, el 24 de enero de 2022”, y el realizado a COLFONDOS S.A. el 18 de octubre de 2002. 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, aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibida por ella, durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada con cargo a sus propios recursos. Preciso que, 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. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, si luego de ese 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 el PORVENIR SA. deberá asumir dicha diferencias con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS, a la que estuvo afiliada la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de IMPOSIBILIDAD DE CONDENA. Declaró no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR excepto la propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Pdf No 38).

## **RECURSO DE APELACIÓN**

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

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción. Manifestó que la juez basó su decisión en la afirmación general de la demandante referente a que no se le brindó información, pues 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, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, siendo contradictorio el fallo. Indicó que la falta de información no fue lo único que provocó el traslado de la demandante. Adicionalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos, pues atenta contra el derecho de defensa de la demandada. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe, con apego a las normas.

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

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

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.

PORVENIR S.A. manifestó que la falta de información invocada no puede ser considerada como la única razón que motivó la decisión de afiliarse, pues ello desconoce circunstancias laborales, la formación académica, su situación personal y social, entre otras, que no se evidenciaron dentro del proceso. Además, se opuso a la condena en costas, pues a su juicio resultan excesivas e improcedentes, pues siempre actuó de buena fe. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

COLPENSIONES manifestó que no basta con que la demandante refiera la insuficiencia de la información suministrada por el fondo, pues se debe realizar un análisis mínimo respecto a la condición académica, social y cultural del individuo que permita soportar su veracidad, por lo tanto, concluye que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, en consecuencia, solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas y se exonere a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Por su parte el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que 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, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de

cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso 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

---

<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.*

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 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

---

*“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)*

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 el Juez A quo, al definir que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó, pero en el año 2000, proveniente del extinto ISS como se lee de los documentos que obran a folio 1 a 5 del expediente administrativo, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirma la apoderada de la demandada 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, 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, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, 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.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por la testigo Sandra Milena Astorquiza, quien fue compañera de trabajo de la demandante en la Personería Municipal y comentó que en dicha entidad les dijeron que debían afiliarse al fondo privado, sin que se les comentara las desventajas de dicho traslado.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte 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, 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 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 denegarán los argumentos de la demandada PORVENIR S.A., confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, como quiera que la actora se encontraba afiliada al ISS, como dan cuenta la historia laboral obrante en el archivo contentivo del expediente administrativo, entidad administradora del RPM, por ende, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, por virtud de la ineficacia declarada, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se modificará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. S.A. el 1º de agosto de 2000 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año como se expone en la contestación de la demanda presentada por PORVENIR S.A. (fl. 56), conclusión que no implica una afectación financiera para COLPENSIONES, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma 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. 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 aclarará la decisión de la primera instancia, en el sentido de precisar que la indexación opera únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros previsionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

### **EXCEPCIONES.**

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

### **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.

### **CONCLUSIÓN**

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES, le corresponde a esta Sala modificar el numeral primero por las razones anotadas y aclarar el numeral segundo de la sentencia 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 el numeral PRIMERO y ACLARAR EL NUMERAL SEGUNDO,** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 12 de diciembre de 2022, objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

***“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante SOCORRO DE JESUS TUPAZ GRIJALBA, 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 PORVENIR S.A., realizado el 1º de agosto del 2000, con efectividad a partir del 1º de octubre 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 PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos y bonos pensionales si los hubiere, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y/o comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al***

*momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 12 de diciembre de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** 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.

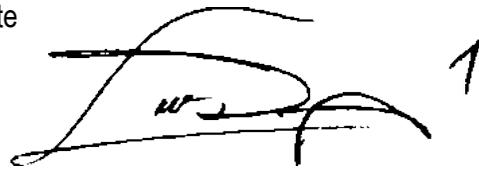
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 333. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro 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

  
**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada

  
**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

**MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ**

**Ordinario Laboral No. 523993103001- 2019-00035-01 (270)**

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **SEGUNDO PABLO PIANDA RIASCOS** contra **JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE** y la “**ALCALDIA DE ARBOLEDA –BERRUECOS (N)**”, 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**

**SEGUNDO PABLO PIANDA RIASCOS**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de **JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE** y la “**ALCALDIA DE ARBOLEDA –BERRUECOS (N)**”, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre el Municipio de Arboleda (N) y el demandante, existió un contrato de trabajo por virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, el cual terminó como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió el actor. Como consecuencia de ello se condene al Municipio de Arboleda al pago de prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, y a los demandados al reconocimiento de una pensión de invalidez, perjuicios morales, lucro cesante, daño emergente, y demás derechos consignados en el libelo introductor junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró desde agosto de 2012 para el demandado **JAVIER HOMERO MADROÑERO**; contratista de la **ALCALDIA DE BERRUECOS**. Que las labores que le fueron encomendadas fueron las relacionadas con el contrato de obra pública No 235, denominado “**CONSTRUCCIÓN DE**

ALCANTARILLA SOBRE QUEBRADA EL ROBLE VIA BERRUECOS ARRAYANES MUNICIPIO DE ARBOLEDA NARIÑO, celebrado con la ALCALDIA MUNICIPAL DE ARBOLEDA, con el contratista JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE. Que durante la ejecución de la obra y hasta el momento del accidente no recibió salario y recibió órdenes del contratista. Que, en el mes de septiembre de 2012, sufrió un accidente de trabajo con los explosivos que iban a ser utilizados para el desarrollo de la obra, que le generó una PCL del 74,36. Que el accidente de trabajo se produjo por la omisión de la administración municipal y del contratista en tomar las medidas preventivas necesarias para la protección de la salud y vida del actor. Que el 15 de mayo de 2019, presentó reclamación administrativa ante la Alcaldía de Arboleda la cual fue negada el 27 de junio de 2019.

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

El Juzgado Civil del Circuito de la Unión mediante auto calendado del 27 de agosto de 2019, admitió la demanda y ordenó su notificación a los demandados, actuaciones que se surtieron en legal forma. (fls.104-105)

Trabada la Litis, el **MUNICIPIO DE ARBOLEDA**, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de la mismas. Propuso como excepciones de fondo las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “PRESCRIPCIÓN” (fls. 121 y ss).

Por su parte, el demandado **JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE**, de igual manera se opuso a las pretensiones del demandante, al considerar que no existió una relación laboral con el demandante. En su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” e “INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL” (fls. 138 -143).

Mediante auto calendado 10 de marzo de 2020, le fue concedido al demandante amparo de pobreza (fl. 178).

El Juzgado de Primer Grado el 8 de marzo de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria 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 los demandados, fijó el litigio y realizó el correspondiente decreto de pruebas solicitadas por las partes, fijando fecha y hora para celebrar audiencia de trámite y juzgamiento (Fls.191 y ss).

El Juzgado de conocimiento el 25 de mayo de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró que entre el demandante y los demandados no existió contrato de trabajo. Consecuencialmente, los demandados de todas las pretensiones incoadas por el actor (fls. 197 y ss)

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

En síntesis, el apoderado del actor manifestó que contrario a lo definido por el Juez A Quo, se acreditaron los elementos del contrato de trabajo, pues se probó que el demandante se encargó de destruir y mover materiales, como rocas, para permitir la construcción final en la quebrada Vía Barruecos. En cuanto a la subordinación y dependencia, sostuvo que el demandado Javier Madroñero en el interrogatorio de parte aceptó que Fernando

Enríquez fue el ingeniero residente de la obra y el encargado de contratar personal, por lo tanto, concluye que dependía del contratista Javier Madroñero, siendo beneficiario de la obra el Municipio de Arboleda, advirtiendo en todo caso que era necesario vincular al Sr. Enríquez, pero que la parte demandada no lo hizo. En cuanto a la remuneración sostiene que se pactó un pago, pero que no se efectuó por la ocurrencia del accidente. Por otro lado, indicó que el Municipio demandado es responsable solidario, al ser el beneficiario de la obra. Manifestó que el accidente ocurrió por la falta de capacitación al trabajador para el desarrollo de las actividades peligrosas como la manipulación de explosivos, por ello, se dio la culpa patronal y se debe reconocer la pensión de invalidez al acreditarse una PCL superior al 74%. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, como quiera que al demandante le fue concedido amparo de pobreza.

## **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 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan a continuación.

La parte actora, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado del demandado Javier Madroñero Andrade, manifestó que no se acreditaron los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues sostiene que frente a la prestación personal del servicio, el demandante confesó que nunca tuvo contacto con el demandado, y las actividades adelantadas por el actor no se realizaron dentro de la existencia y vigencia del contrato de obra No 235, tampoco existió subordinación, por ello, solicita se confirme la decisión de la primera instancia.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMAS JURÍDICOS**

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y en aplicación del principio de congruencia dispuesto en el artículo 66 A del C. S. del T. y de la S. S., debe la Sala de Decisión analizar si se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo entre SEGUNDO PABLO PIANDA RIASCOS y los demandados JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE y la “ALCALDIA DE ARBOLEDA –BERRUECOS (N)”, en caso afirmativo estudiar la procedencia de las pretensiones incoadas en la demanda.

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

Sea lo primero señalar que el Juez A Quo, no encontró probado la existencia de un contrato de trabajo, al considerar que no se probó la prestación personal del servicio para los demandados, pues sostuvo que el contrato del que presuntamente se deriva la relación laboral inició el 27 de septiembre de 2012, y el accidente

de trabajo alegado ocurrió el 22 de septiembre del mismo año. En consecuencia, tampoco encontró probados los demás elementos del contrato de 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**

En cuanto a este elemento contractual esencial, en el sub lite los demandados JAVIER MADROÑERO ANDRADE y el MUNICIPIO DE ARBOLEDA, negaron la prestación del servicio por parte del demandante en su favor, pues el primero de los referidos manifestó que con el demandante no sostuvo una relación laboral; mientras el municipio demandado, aseguro que no le consta que entre el demandante y el demandado JAVIER MADROÑERO ANDRADE existiera la relación de trabajo alegada.

---

<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."*

Para demostrar la prestación personal del servicio la parte actora aportó los siguientes documentos

1. Contrato de obra No 235 suscrito el 26 de septiembre de 2012 entre el demandado JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE y el MUNICIPIO DE ARBOLEDA NARIÑO, para la “CONSTRUCCIÓN DE ALCANTARILLA SOBRE QUEBRADA EL ROBLE VÍA BERRUECOS ARRAYANES MUNICIPIO DE ARBOLEDA NARIÑO”, cuyo plazo inicial fue de 2 meses. (fls. 68-72).
2. Documento denominado “FECHAS DE CONTRATO DE EXPLOTACIÓN DE PIEDRAS EN LA QUEBRADA DE ARRAYANES –BERRUECOS”, suscrito por Luis Fernando Enríquez Ordoñez, en el que se indica que el 4 de agosto de 2012, se pactó un contrato verbalmente, entre José Ruiz, Pablo Pianda y Fernando Enríquez, y que el 7 de septiembre de 2012, se acordó que “*el contrato quedaría entre Pablo Pianda y Fernando Enríquez, debido a que el Sr José Ruiz ya no regresaba por motivo del nuevo contrato*” (fl. 75).

Ahora bien, el testigo traído por la parte demandante JOSE ADALBERTO DELGAGO GAVIERIA, poco esclarece los hechos de controversia, en tanto, no resulta ser un testigo directo de los hechos, pues informa que conoce al demandante porque son vecinos, y que el mismo sufrió un accidente el 22 de septiembre de 2012, que le ocasionó la pérdida de “*sus miembros*” y su audición. Aseguró que le “*contaron*” que el demandante se encontraba abriendo una piedra para la construcción de una alcantarilla y que la persona que lo contrató fue el ingeniero Madroñero.

Por su parte, del testigo ELIODORO GARCIA REYES, convocado por el demandado, indicó que es maestro de obra y laboró en la construcción de la alcantarilla desde el 27 de septiembre de 2012 hasta noviembre del mismo año. Aseguró que el demandante no trabajó en la construcción de la misma y que la persona que contrató al testigo fue el ingeniero “*Enríquez*”.

Ahora bien, en diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandante SEGUNDO PABLO PIANDA RIASCOS, aseguró que la presunta relación laboral inició el 8 de septiembre de 2012 y finalizó el 22 de septiembre del mismo año, como consecuencia del accidente que sufrió. Comentó que el accidente se ocasionó porque debía extraer piedras grandes, por ello, le solicitaron al encargado de la obra el Arquitecto Fernando Enríquez, que les permitiera usar pólvora para facilitar la extracción, quien les indicó que ello debía hablarlo con el contratista el Ingeniero Madroñero, persona que afirma el actor no conocía. Expuso que el Arquitecto FERNANDO ENRIQUEZ, los contrató a él y al Sr. OMAR VERGARA, para extraer las piedras de la quebrada en la que se realizó la alcantarilla, y que no recibió elementos para la realización de dicha actividad, pues las herramientas las tenían, precisando que le solicitaron \$1.000.000 para comprar la pólvora. Afirmó que su horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.; que el valor del contrato fue de \$6.000.000 y que fue el Arquitecto FERNANDO ENRIQUEZ quien les fijó el precio y los contrató. Finalmente comentó que el Arquitecto Fernando Enríquez, no estaba pendiente del horario “*porque era un contrato*”.

Por su parte, en diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandado JAVIER HOMERO MADROÑERO ANDRADE, aseguró que no conoce al demandante. Indicó que el 26 de septiembre de 2012 firmó el contrato de obra civil con el municipio demandado, y que las actividades que se contrataron fueron obras de drenaje y la construcción de una alcantarilla; precisando que la ejecución del proyecto la realizó mediante el

encargado Arquitecto Fernando Enríquez, quien fue director y residente del proyecto, pues sostiene que fue la persona que contrató el personal, advirtiendo que a su cargo solo estuvo el arquitecto y que antes de la firma del contrato no ejecutó ninguna actividad.

Así las cosas, analizado con rigor el acervo probatorio tanto la documental como testimonial, que la Sala se permitió exponer, se concluye, sin dubitación alguna, que los hechos alegados por la parte demandante no se demostraron de forma fehaciente, pues no se logra confirmar que el demandante hubiera prestado un servicio personal a favor del demandado JAVIER MADROÑERO ANDRADE, nótese que el mismo demandante reconoce en diligencia de interrogatorio de parte que la persona que lo contrató a él y a otro compañero para realizar el rompimiento de piedras en la quebrada de Arrayanes Berruecos, fue el Arquitecto Enríquez Ordoñez, lo cual concuerda con el documento del folio 75 aportado con la demanda, en el que se indica que el 4 de agosto de 2012 el Sr. Luis Fernando Enríquez Ordoñez - persona que no fue vinculada a proceso por lo tanto huelga cualquier pronunciamiento en su contra - contrató los servicios del demandante y de otra persona, para la explotación de piedras, contrato que como el demandante lo reconoció se pactó en la suma de \$6.000.000, y en cuya ejecución el demandante sufrió un accidente el 22 de septiembre de 2012, fecha en la que ni siquiera el demandado JAVIER MADROÑERO ANDRADE, había suscrito el contrato de obra No 235 con el Municipio de Arboleda, pues el mismo se firmó el 26 de septiembre de 2012 y a partir de esa fecha su plazo fue de dos meses.

Luego entonces, para la Sala no se encuentra acreditado el elemento esencial de la prestación personal del servicio, en favor del demandado JAVIER MADROÑERO ANDRADE, pues si bien se encuentra probado que este suscribió un contrato con el Municipio demandado para llevar a cabo las construcción de una alcantarilla y que como el mismo demandado lo reconoció en diligencia de interrogatorio de parte, el residente de la obra fue el Arquitecto “FERNANDO ENRIQUEZ”, dichas labores iniciaron a partir de 26 de septiembre de 2012, y los hechos alegados sobre la presunta relación laboral datan de agosto hasta el 22 de septiembre de 2012, fechas en que como se dijo anteriormente, quien contrató los servicios del actor fue el arquitecto “FERNANDO ENRÍQUEZ”, persona que se insiste no fue convocada a este litigio, pero que en todo caso como el mismo demandante lo confiesa, dicha vinculación se hizo en calidad de contratista independiente, pues refirió que el valor del contrato fue por \$6.000.000, valor que sería repartido entre dos personas más y que dichas labores se realizaron de manera autónoma, en el horario que se dispusiese para ello, razones por las cuales se confirmará la decisión de la primera instancia que absolvió a los convocados a juicio de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, al quedar el plenario huérfano de medios probatorios que avalen las afirmaciones vertidas en el libelo demandatorio relacionadas con la existencia de la relación laboral con los demandados.

### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA**

Solicita el apoderado de la parte actora se revoquen las costas impuestas a su representado, por contar con amparo de pobreza, frente a lo cual le asiste razón, en tanto, el juzgado de conocimiento mediante auto calendarado 10 de marzo de 2020, le concedió amparo de pobreza, por ello, la condenas en costas será revocada.

### **COSTAS**

Sin costas en la segunda instancia, por contar el demandante con amparo de pobreza.

### **CONCLUSIÓN**

De conformidad con lo anterior resulta procedente confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión (N), proferida el 25 de mayo de 2022, excepto el numeral tercero el cual será revocado.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión N el 25 de mayo de 2022 objeto de apelación, para en su lugar no imponer costas al demandante **SEGUNDO PABLO PIANDA RIASCOS**, por contar con amparo de pobreza.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de la Unión N el 25 de mayo de 2022 objeto de apelación, por las razones antes expuestas.

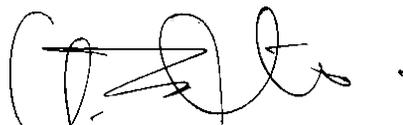
**TERCERO: SIN COSTAS** en la instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 335. 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.

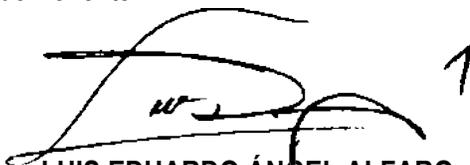
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado Ponente.



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada



**LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**  
Magistrado