

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001 – 2018 – 000252– 01 (124)

ACTA No. 431

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha programada en auto que antecede para la celebración de la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **ÁLVARO FRANCISCO ROSERO** en contra de **LA CIGARRA S.A.S.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver los recursos de apelación instaurados por la parte demandada en contra del auto que denegó nulidad procesal proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N) el 17 de marzo de 2021, así como frente a la sentencia dictada en la misma fecha.

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, el siguiente **AUTO**.

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada CIGARRA S.A.S., vigente desde enero de 2000 a diciembre de 2009, momento en la cual sin justificación se dio por terminado unilateralmente por la empresa demandada. Como consecuencia de tal declaración

solicita se condene a la convocada a juicio al reconocimiento y pago de los emolumentos discriminados en el escrito de demanda.

TRAMITE DE PRIMERA

Admitida la demanda el 25 de julio de 2018 y remitida la citación para notificación personal a la parte convocada a juicio a través de la empresa PRONTO ENVIOS a la calle 12 #4 Barrio Chapal de la ciudad de Pasto, el juzgado ordena la notificación por aviso con oficio de 30 de noviembre de 2018, entregado a la parte demandante el 3 de marzo de 2019 y enviada, a través de la misma empresa, el 20 de marzo de 2019 a la calle 12 #4-84 Barrio Chapal, sin obtener respuesta. Por esta razón y a petición de parte actora, el despacho con auto de 8 de julio de 2019 dispuso emplazar a la demandada y designarle Curador Ad Litem, quien una vez notificado del escrito inaugural lo contestó en forma oportuna.

Agotada esta etapa, mediante providencia del 4 de septiembre de 2019, el Juzgado tuvo por contestada la demanda y fijó fecha para surtir la audiencia del artículo 77 del C.P.L. y S.S., modificado por el artículo 11 de la ley 1149 de 2007, para el 3 de agosto de 2020.

Posteriormente, el 20 de octubre de 2020, secretaria da cuenta del escrito de poder otorgado por el Representante Legal de la CIGARRA S.A.S., Sr. JOSÉ JAVIER VILLARREAL, a la abogada GINA PAOLA SALAZAR y con auto de 12 de noviembre del mismo año se le reconoce personería adjetiva para actuar, advirtiéndole que asume el proceso en el estado en el que se encuentra.

A continuación, reposa constancia de dos correos electrónicos fechados 23 y 24 de noviembre de 2020, dirigidos por el oficial mayor del despacho al señor Juez y a la Secretaría, informándoles que dentro de este proceso se programó la audiencia del artículo 77 para el 15 de diciembre del año en curso, pero en el expediente no reposa la providencia que así lo disponga por lo que solicita allegarla.

Subsiguientemente, se adosa auto fechado 24 de noviembre de 2020, mediante el cual se fija para esa data, a las 3:00 p.m., la referida audiencia.

Esta diligencia efectivamente se surte en la fecha indicada, de la cual reposa CD y la respectiva acta, en la cual el juez advierte, ab initio, la presencia de algunas

irregularidades procesales procediendo a dejar constancia que todo ello se subsanó, en tanto la parte demandada ya compareció al proceso representada por profesional del derecho; sin embargo, en la misma se permitió la actuación de su Curador Ad Litem.

Finalmente, el 17 de marzo de 2021, se surte la audiencia de juzgamiento dentro de la cual se da cuenta del escrito de nulidad allegado por la apoderada judicial de la demandada, procediendo el juez a llamar su atención por no comparecer al proceso en forma debida, encontrándose representada por Curador Ad Litem y a reconocerle, nuevamente, personería jurídica para actuar a la Dra. Gina Paola Salazar Rivera.

FORMULACIÓN DE NULIDAD PARTE DEMANDADA

Mediante escrito presentado por la profesional del derecho, Dra. GINA PAOLA SALAZAR, apoderada judicial de la convocada a juicio LA CIGARRA S.A.S., invoca la nulidad procesal consagrada en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P. y, en consecuencia, solicita dejar sin valor y efecto lo actuado en la audiencia celebrada el 15 de diciembre de 2020, con su consecuente reprogramación.

Como fundamentos fácticos de tales pedimentos señala, en síntesis, que el 6 de octubre de 2020, allegó el poder otorgado por el representante legal de la parte demandada y en él se indicó el correo electrónico dispuesto para notificaciones judiciales paolasr_122@hotmail.com, adjuntado, además, el certificado de existencia y representación legal de su representada, LA CIGARRA S.A.S., en donde igualmente se establece como dirección electrónica para notificaciones tributaria@sysco.com.co, junto con la solicitud de envío del expediente digital. Expone que éste se recibió el 30 de octubre de 2020, en el correo electrónico de su representada, manifestando que el auto que reconocería personería jurídica se publicaría en estados electrónicos.

Sostiene que el 25 de noviembre de 2020, se publicó por este medio el auto que fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia del artículo 77 del C.P.L., pero no fue posible visualizarlo por problemas técnicos presentados en la página de la Rama Judicial. Por ello, mediante constancia secretarial del 15 de diciembre de 2020, se comunican tales inconvenientes presentados y se fijan, por segunda vez, los estados del 25, 26, 27, 30 de noviembre y 1° de diciembre, advirtiendo que los términos corren desde ese mismo día.

Manifiesta, además, que de esta actuación se le notificó en debida forma al Curador Ad Litem, remitiendo al correo lacigarra84@hotmail.com el link para el desarrollo de la audiencia del artículo 77, sin que tal acceso se enviara a los correos dispuestos para notificaciones judiciales tanto de la CIGARRA S.A.S. como de su apoderada judicial, evidenciándose la afectación a los derechos de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia de su representada.

AUTO QUE DECISIÓN NULIDAD PROCESAL

El 17 de marzo de 2020, fecha programada para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 80 del C. de P.L. y de la S. S., secretaría da cuenta que se encuentra pendiente resolver el escrito de nulidad presentado por la parte demandada, a través de su apoderada judicial Dra. GINA PAOLA SALAZAR, razón por la cual el Juez deja constancia que la parte demandada no compareció al proceso pero se encuentra representada por Curador Ad Litem y dispone, nuevamente, el reconocimiento de personería jurídica. A continuación, le pide verbalizar el escrito de nulidad, corriendo traslado a la parte demandante.

En ejercicio de tal derecho, quien actúa en nombre del convocante a juicio expuso que la audiencia de que trata el artículo 77 fue notificada en estados electrónicos y que el 15 de diciembre simplemente se lo volvió a hacer y, por lo tanto, la nulidad se encuentra saneada, cuando además en tal actuación la parte demandada estuvo representada por Curador Ad Litem.

Luego de un receso, el juez de conocimiento negó la nulidad alegada por pasiva, para lo cual argumentó que el auto que fijó la fecha de la diligencia del artículo 77 del C.P.L. y S.S. se notificó mediante estados electrónicos del 25 de noviembre de 2020 y desde ese momento hasta su celebración la demandada no solicitó acceso a tal diligencia. Añadió que en el poder remitido al despacho no se informó dirección electrónica ni el número de contacto celular para efectuar notificaciones y que el 15 de diciembre de 2020, se envió el link para acceder a la diligencia al Curador Ad Litem y a la parte demandada al correo lacigarra98@hotmail.com.

Por último, indicó que si bien secretaria publicó nuevamente los estados del 25 de noviembre al 1º de diciembre de 2020, por las fallas presentadas en la página de la Rama Judicial, las actuaciones surtidas en el proceso se ajustan a la ley y, por ende,

no se vulneraron los derechos alegados, en especial, porque la convocada a juicio estuvo representada por Curador Ad Litem.

Tal decisión fue reprochada, con iguales argumentos del escrito inicial, a través de los recursos de reposición y en subsidio apelación por quien representa los intereses de LA CIGARRA S.A.S., siendo confirmada en instancia de reposición y concediendo el de apelación en el efecto devolutivo.

En ese orden continuó el trámite procesal, se practicaron las pruebas y se profirió la decisión que puso fin a la primera instancia.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar, inicialmente, la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada LA CIGARRA S.A.S., siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibieron frente al auto apelado, según constancia secretarial del 20 de octubre de 2021, las intervenciones de la parte demandante y demandada.

En relación con la sentencia, se presentaron alegatos por parte de LA CIGARRA S.A.S., conforme da cuenta la constancia del 19 de mayo de 2021.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio, a efecto de resolver el recurso de apelación frente al auto que denegó la nulidad procesal invocada por la llamada a juicio, el siguiente problema jurídico: En el sub examine se configura la causal de nulidad consagrada en el numeral 8º. del artículo 133 del C.G.P., alegada por pasiva, ante la imposibilidad de participar en la diligencia de que trata el artículo 77 del C.P.L. y S.S., afectándose por tanto sus derechos al debido proceso, contradicción, defensa y acceso a la administración de

justicia; o, por el contrario ¿el trámite procesal surtido en primera se ajusta a derecho, en la forma insistida por el operador judicial a cargo de la primera instancia?

En caso de confirmar la decisión adoptada en este sentido en la primera instancia, el Juez Colegiado abordará el estudio del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, igualmente apelado por pasiva.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Sea lo primero señalar que, de acuerdo con las disposiciones del Código General del Proceso, al que se acude por disposición del artículo 145 del C.P.L. y S.S. por no contar con norma propia que regula el tema, en cada etapa procesal el juez tiene la facultad de ejercer control de legalidad de las actuaciones inmersas en él, con el propósito de sanear irregularidades que puedan alterar su validez.

En este orden, el numeral 8°. del artículo 133 del Código Adjetivo en cita, dispone:

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Y sobre el particular nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional ha manifestado:

El régimen de nulidades procesales, como instrumento para materializar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, en aplicación de los principios de especificidad y protección, es de naturaleza eminentemente restrictiva; por ello, se determinan taxativamente las causales que la erigen.

Dichas causales se encuentran instituidas como remedio para corregir o enderezar ciertos vicios procesales que pueden generarse durante el trámite del proceso, hasta antes de dictarse sentencia, y excepcionalmente, durante la actuación posterior a esta, si ocurrieron en ella, para lo cual, igualmente se reguló, de manera expresa, la oportunidad para su proposición, requisitos, forma cómo ha de operar su saneamiento, al igual que los efectos derivados de su declaración, sin que se encuentre habilitada como simple instrumento de defensa genérico y abstracto, ya que su finalidad es la protección material y efectiva de los derechos «en concreto» del afectado por el presunto «vicio procesal» (AL-1362 -2021)

En ese sentido, corresponde verificar el punto total alegado por la parte pasiva de la Litis, esto es, la existencia de una indebida notificación que le impidió asistir a la audiencia que regula el artículo 77 del C.P.L. y S.S., modificado por el artículo 11 del decreto 1149 de 2007, siendo necesario por tanto, primigeniamente, determinar si la formulación del incidente de nulidad atiende las exigencias del artículo 134 y 135 del Código General del Proceso, normativa que establece que, para el caso de la nulidad por falta de notificación, se debe solicitar de forma oportuna y por quien resulte perjudicado; es decir, contando con legitimación para ello.

Y ello se advierte cumplido, en tanto el representante de la CIGARRA S.A.S. confirió poder a una profesional del derecho, en debida forma y así lo reconoció el juez de conocimiento con auto del 12 de noviembre de la misma anualidad, aceptando las amplias facultades que le fueron conferidas para defender los intereses de la empresa traída a juicio, pero advirtiéndole que se asume el proceso en el estado en el que se encuentra. En este orden, quien interpone el incidente de nulidad se encuentra facultada y legitimada para ello, toda vez que, como se explicará más adelante, resulta ser la parte afectada con tal vicio procesal.

Igualmente se corrobora que la nulidad se interpuso en el momento procesal adecuado, esto es, luego de su ocurrencia y antes de proferirse sentencia de primera instancia y ello es así en tanto al iniciar la audiencia de juzgamiento secretaría da cuenta que se encuentra pendiente por resolver el escrito de nulidad presentado por la parte demandada.

Decantado lo anterior, para el Juez Colegiado resulta inexorable declarar la nulidad de todo lo actuado, incluso desde el auto que dispuso la celebración de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.L. y S.S., modificado por el artículo 11 del decreto 1149 de 2007, no solo porque se evidencia una desordenada y negligente actuación procesal, carente de cualquier dirección judicial que por supuesto radica en cabeza del juez, sino porque además se determinan las siguientes actuaciones no ajustadas a derecho:

1. El auto mediante el cual se fijó fecha para surtir la referida diligencia NUNCA se notificó, pues lógico resulta concluir que, si por fallas técnicas en la plataforma tecnológica de la Rama Judicial el auto fechado 24 de noviembre de 2020 no se

visualizó, las partes no tuvieron acceso a él. Para el efecto remitirse a la constancia secretarial del 15 de diciembre de 2020, que milita en el plenario.

2. Por ello, La correcta notificación de los estados electrónicos fijados el 25, 26, 27, 30 de noviembre y diciembre 1º., se realizó el 15 de diciembre de 2020, luego de advertir las falencias tecnológicas presentadas en la plataforma de la Rama Judicial; sin embargo, en esta actuación se advirtió que las decisiones contenidas en los autos notificados, emitidos por fuera de audiencia, surtirían efecto desde ese mismo día, no a partir del día siguiente como lo dispone el inciso segundo del artículo 118 del C.G.P.

Lo cierto es que a pesar de lo regulado en el inciso 5º. de la norma en cita y sin encontrarse en firme el auto que fijó fecha, ese mismo día se adelantó la audiencia que consagra el artículo 77 del C.L.P. y S.S.

3. El 20 de octubre de 2020, aún antes de fijar fecha para adelantar la audiencia inicial, la parte demandada concurre al proceso y asume la actuación en el estado en el que se encuentra, como lo establece el artículo 56 del mencionado compendio adjetivo. Tal situación fue aceptada por el juez de primera instancia con auto del 12 de noviembre de la misma anualidad.

Pese a ello, en la audiencia de que trata el artículo 77 del código adjetivo laboral, el juez permitió la intervención del Curador Ad Litem, lo que resulta contrario al referido artículo 56 del C.G.P.

4. Por último, cuando conoce del escrito de nulidad formulado por la parte demandada, a través de su apoderada judicial, no admite los protuberantes yerros en la dirección procesal al insistir que en todo caso sus intereses fueron defendidos por Curador Ad Litem, deniega la nulidad procesal y procede a reconocer, por segunda vez, personería jurídica a la apoderada judicial de LA CIGARRA S.A.S.

Todo lo anterior, confluye, indiscutiblemente, en una flagrante trasgresión de los derechos constitucionales y legales de la convocada a juicio, tales como, derecho de defensa, contradicción y debido proceso, al no permitirle concurrir, en igualdad de condiciones que la parte demandante, a la audiencia inicial para defender sus intereses y, por consiguiente, este Cuerpo Colegiado no puede validar tal trámite procesal y así lo declarada.

Por último, si bien el Decreto No. 806 de 2020 se implementó para adelantar las actuaciones judiciales en estado excepcional de virtualidad, ello exige del director judicial mayor rigor en constatar que las partes se encuentren debidamente notificadas y cuenten con iguales oportunidades que los restantes integrante de la Litis. Un proceder contrario a ello carece de validez y no se puede subsanar ni siquiera con el argumento, no ajustado a derecho, de que la parte estuvo asistida por Curador Ad Litem, porque como antes se analizó, ésta figura se desplazó con la comparecencia de la parte demandada, a través de apoderado judicial.

En este sentido y sin necesidad de realizar mayores elucubraciones, luego de verificar que las actuaciones judiciales no se acompañan con las normas constitucionales y procesales antes referenciadas, serán declaradas nulas y, por lo tanto, se ordena rehacerlas en el menor tiempo posible, garantizándose el debido proceso, con excepción de las pruebas practicadas en la diligencia del artículo 80 del C.P.L. y S.S., por cuanto sobre ellas la parte demandada tuvo la oportunidad de controvertirlas.

Conforme se desata la alzada, no se impondrán costas en esta instancia por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, incluso desde el auto emitido el 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se fijó fecha y hora para surtirse la audiencia regulada en el artículo 77 del C.P.L. y S.S. y en adelante, dejando a salvo las pruebas que se recaudaron con la intervención de la parte demandada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para que rehaga, en el menor tiempo posible, todas las actuaciones y etapas adelantadas con posterioridad a la actuación viciada de nulidad, respetando el debido proceso, el derecho de

defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, conforme lo antes expuesto.

TERCERO. SIN LUGAR A CONDENAR en costas procesales en esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)



REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002 2018-00242-01 (260)

ACTA No. 435

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha programada en auto que antecede para la celebración de la presente actuación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, conformada por los magistrados **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **EMILIO HIPÓLITO MORENO TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** - y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver el recurso de apelación formulado por quienes conforman la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, frente a la sentencia de primera instancia proferida el 28 de enero de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto.

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, la siguiente **SENTENCIA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad producida el 1º de noviembre de 2005. En consecuencia, solicita condenar a PORVENIR S.A. para que devuelva a COLPENSIONES y a su vez ésta reciba las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes más sus frutos e intereses, debidamente indexados y los gastos de

administración. Adicionalmente pide imponer a cargo de las demandadas la indemnización de perjuicios causados, materiales y morales, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que nació el 22 de octubre de 1962, cotizando para pensiones inicialmente ante el extinto ISS desde el 23 de abril de 1991, cuando sin mediar asesoría idónea por parte de PORVENIR S.A. y para cumplir con un requisito obligatorio para vincularse laboralmente con el Hospital Universitario Departamental de Nariño, fue trasladado al régimen de ahorro individual con efectividad el 1° de enero de 2005, omitiendo así cualquier tipo de información al respecto.

Expone que luego, en el proceso de simulación realizado por PORVENIR S.A. el 11 de diciembre de 2017, conoció que a los 62 años alcanzaría una pensión de \$2.466.500 de seguir cotizando el 100% del tiempo, lesionando, evidentemente, sus intereses en esta materia porque de permanecer en el RPM su pensión sería por un monto superior.

Agrega que la administradora del RAIS omitió información sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado, al informarle que podía pensionarse con un mayor valor, a la edad que quisiera, guardando silencio frente a la pérdida de las ventajas del RPM y que el disfrute de su pensión se diferiría más allá de los 62 años, situación que le generó, además, daños injustificados en su salud mental y física así como en su economía y futuro pensional, que se agudizan con las continuas reformas pensionales y la imposibilidad de acceder a una pensión digna.

Expone, por último, que peticiones en este sentido radicó ante Colpensiones y Porvenir S.A., pero le fueron atendida de manera desfavorable a sus intereses.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Reformada la demanda con escrito radicado el 16 de mayo de 2019 (fls. 392-412) y notificada en debida forma, las entidades demandadas a través de apoderados judiciales las contestaron para oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, así:

Por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, notificada por conducta concluyente, afirma que los hechos son ajenos a su representada y que en todo caso la decisión de trasladarse fue un acto libre y voluntario, cumpliendo los requisitos legales. Sostiene que se atiene a lo que se resuelva dentro del proceso, pero advierte que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Con fundamento en ello propuso varias excepciones de fondo (fls. 164 – 172 y 413 a 420).

A su turno, interviene el Ministerio Público para rendir concepto preliminar e insistir en que si al actor no se le suministró una asesoría idónea al momento de su traslado, el presente caso se abordará desde la figura de la ineficacia, en estricto sentido y no desde el régimen de las nulidades, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595 de 2017, SL9519 de 2015, SL-609 de 2013, entre otras, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico.

Expone que la "libertad informada" a cargo de las AFP, comprende todas sus dimensiones legales y una transparencia máxima en la información brindada al afiliado, antes de adoptar esta decisión, dada su incidencia en los derechos pensionales y la carga de probar que ello fue así es de la administradora privada cuyas consecuencias las reseña, además del precedente jurisprudencial, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, solicita practicar interrogatorio de parte al demandante (fls. 188 a 190).

Por último, quien representa los intereses judiciales de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., aclara que la afiliación fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras; que no se trató de una promoción de traslado como si el demandante no hubiera intervenido, cuando está claro que firmó el formulario de afiliación alejado de toda presión y sin que durante los últimos 14 años buscara la posibilidad de regresar al RPM, reflexionara o indagara sobre su situación pensional ni revelara su deseo de retractarse.

Por ello, sostiene, que no puede ordenarse el regreso automático al RPM porque la afiliación del actor goza de presunción de validez al realizarse en forma libre, espontánea y sin presiones, cuando además la decisión de regresar al RPM la tomó extemporáneamente, en el momento en el cual las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas el tema ya no se lo permitían.

Manifiesta que para la fecha de traslado del demandante no tenía la obligación de brindar información, en los términos en que lo solicita, pues la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto No. 2015123910-002 de 29 de diciembre de 2015, precisó que el deber de asesoría se creó con el Sistema de Información al Consumidor Financiero, esto es, con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010. En lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada (fls. 235 a 282).

Finalmente se pronunció con respecto a la reforma de la demanda, oponiéndose a las fechas de afiliación y efectividad de traslado propuestas por el actor, aceptando los hechos noveno - décimo y ratificándose en lo restante (fls. 411-412).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 28 de enero de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial que orienta la materia, emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado efectuado por el Sr. EMILIO HIPÓLITO MORENO TORRES. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES y ésta a recibir, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, con inclusión de la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados y en igual forma el porcentaje de gastos de administración. Añadió que en el evento de existir diferencias entre lo aportado y lo trasladado del RAIS, dicha suma será por el fondo privado de sus propios recursos, junto con las costas procesales. Por último, condenó a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR los conceptos antes descritos.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Disonante con esta determinación, la apoderada judicial de la parte demandada PORVENIR S.A., solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y en su lugar absolver a su mandante de las condenas impuestas, para lo cual se apoya en los mismos términos de la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión.

Sostiene que existe una contradicción en el contenido del fallo, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y el actor nunca se trasladó al RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de la administración, pues gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de la administradora de fondos, se generaron importantes rendimientos que se reflejan en forma considerable en la cuenta individual del accionante y que, en todo caso, se toman como mejoras a la luz del Código Civil, sin resultar caprichosas sino que se encuentran debidamente regladas.

Por último, alega que no existe diferencia en el monto de las cotizaciones porque en ambos regímenes se efectúa el mismo aporte y es gracias a los rendimientos se evidenciará un valor mayor, aunque advierte que a futuro se generará una afectación en la sostenibilidad del sistema a cargo de Colpensiones. Riñe, por último, con la condena en costas al considerar que resulta excesiva e improcedente por cuanto el fondo actúo de buena fe y bajo los parámetros normativos vigentes.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

A su turno, la apoderada judicial de la parte demandada Colpensiones, en desacuerdo con la decisión adoptada en primera instancia, interpone oportunamente recurso de apelación en procura de su revocatoria con fundamento en iguales razones de hecho y de derecho esbozadas desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en

que no es posible devolverse al RPM si tal decisión no se ejerció en el término concedido para migrar a él. Manifiesta que no se demostró una indebida información o engaño por parte PORVENIR S.A., pues es el mismo demandante quien asegura que firmó el formulario de afiliación como una clara manifestación de voluntad, libre y consciente, la que ratificó permaneciendo en el RAIS con solicitudes de información de saldos, actualizaciones, asignación de claves, entre otros.

Expone que el demandante no es un afiliado lego y que desatendió su deber de informarse sobre los efectos del cambio de régimen a cualquiera de las entidades demandadas.

Manifiesta finalmente que, aunque los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibió – vía electrónica- la intervención del Ministerio público y los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme se desprende de la constancia secretarial del 5 de septiembre de 2021.

La primera de ellas, PORVENIR S.A., ratificándose en los argumentos de defensa y del recurso interpuesto para pedir al Juez Plural revocar la decisión impelida en primera instancia, incluso la condena en costas, mismas que las considera improcedentes y excesivas.

Igual petición eleva quien representa los intereses de la demandada COLPENSIONES, soportando en los argumentos esbozados desde la contestación de la demanda, procurando, además, que se tengan como probadas las excepciones propuestas a su favor y, por ende, se libere a su patrocinada de las condenas que le fueron impuestas.

CONSIDERACIONES

Conforme lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional del demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno del actor al RPM, la distribución de la carga de la prueba, la devolución de los dineros depositados en la cuenta individual del afiliado, además de los rendimientos financieros y los gastos de administración? Por último, iii) ¿se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a la demandada PORVENIR S.A.?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto total que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente por la Colegiatura, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL 12136-2014, SL9519-2015, CSJ SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Mag. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL-4811-2020 y SL373-2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

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

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

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen y aún lo es (con mayor rigor), garantizar que el usuario, antes de tomar esta decisión -afiliación o traslado-, comprende las condiciones, riesgos y sus consecuencias para lo cual le deben ofrecer asesoría seria, veraz

y responsable, haciéndole conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, conforme lo disponen 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 795 de 2003.

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

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

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

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

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

o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras).

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

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

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

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

traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2) CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a el demandante Sr. EMILIO HIPOLITO MORENO TORRES, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente a cerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para estructurar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por los alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019). En efecto, se ha inclinado esta carga a la autoridad administrativa que por disposición legal estaba obligada a entregar la información y a documentarla, como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la ilustración clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle al Sr. MORENO TORRES información clara, completa y comprensible a la medida de quien tiene el conocimiento probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarlo de realizar el traslado o los traslados, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

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

formulario No. 10999764 suscrito por el accionante el 11 de enero de 2005, con efectividad 1º. de marzo del mismo año (fl. 285), según la relación histórica de movimientos y la certificación de afiliación expedidas por PORVENIR S.A. (folios 283 a 377), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 22 de diciembre de 1997 (fl. 40), a través del extinto ISS, hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios que se resaltan en el escrito inaugural.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar que PORVENIR S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, una vez recibidos estos emolumentos, la obligación de realizar las actuaciones pertinentes en la historia laboral del afiliado, como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás. Es por lo expuesto que las preocupaciones plasmadas por los alzadistas, en cuanto a la preservación del equilibrio financiero del RPM, no alcanzan prosperidad.

Por otra parte, como efecto adicional de la ineficacia del acto jurídico de traslado, le corresponde a PORVENIR S.A., como acertadamente lo ordenó el juez de conocimiento, devolver con destino al fondo común administrado por COLPENSIONES, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de administración, aquellos reglamentados en el literal q) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, como "comisión razonable", porque contrario a lo reñido por el apelante por pasiva, a voces de Nuestro Órganos de Cierre Jurisdiccional, estos dineros correspondientes a las cotizaciones pensionales hacen parte del derecho a la Seguridad Social del actor y debieron depositarse, en forma mensual, en la cuenta global del RPM. En este sentido, será confirmada la decisión objeto de estudio pues en la misma se advierte, como lo ha hecho en innumerables oportunidades este Cuerpo Colegiado, que los gastos de administración se trasladen debidamente indexados.

Por consiguiente, la decisión objeto de apelación y revisión en el grado jurisdiccional de consulta será adicionada en el numeral primero y modificada en el segundo, para advertir sobre las consecuencia de la declaratoria de ineficacia y que los rendimientos financieros y utilidades obtenidos por el actor a lo largo de su permanencia en el RAIS no se devuelvan indexados a COLPENSIONES, por cuanto el Juez Colegiado adopta otras medidas financieras para evitar deterioro o mermas en el capital destinado a la financiación del derecho pensional del actor, si reúne los requisitos para ello.

Cabe indicar, además, que tiene plenamente validez la exigencia de reconocer por parte de PORVENIR S.A., alguna diferencia o merma que se llegare a presentar entre el valor total a trasladar y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el actor hubiese permanecido en él, por cuanto fueron omisiones propias en los deberes del administrador del RAIS las que generaron la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Con ello se desata la inconformidad insistida por el fondo privado, quien considera que al devolver los rendimientos financieros no procede el reintegro de los gastos de administración, porque se recalca, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, consecuencias adversas a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual del accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para costear su derecho pensional, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

La anterior determinación, frente a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado y no nulidad, como lo solicitó el gestor del presente litigio, 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 efectuado un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (sentencia SL911 – 2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último del actor es obtener a futuro una pensión de vejez acorde con sus ingresos laborales, no siendo razonable que el afiliado corra con los efectos negativos de un deficiente acto jurídico de traslado que condujo a su ineficacia.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social del demandante y a efecto de atender la infundada argumentación del apoderado judicial de COLPENSIONES, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional, al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después, y ésta jamás se puede trasponer en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral – descongestión- de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mag. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: “La afirmación

sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...".

De esta manera y pese a los argumentos esbozados por los alzadistas por pasiva, la decisión, que además se revisa en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, será adicionada y modificada en lo ya advertido y confirmada en lo restante.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Por último, para resolver el recurso de alzada increpado por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., quien aduce que su mandante actúo de buena fe de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho.

En todo caso, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso 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.

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar su monto, pues para tal efecto se dispuso el artículo 366 del mismo compendio adjetivo, mismo que consagra los recursos de reposición y apelación proceden frente al auto que aprueba las costas.

4) EXCEPCIONES

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

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por las administradoras PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las costas en esta instancia estarán a su exclusivo cargo y a favor de la parte

demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$1.817.052, a cargo de cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta NO se impondrán costas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 28 de enero de 2021, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

“PRIMERO.- DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad suscrito por el Sr. EMILIO HIPOLITO MORENO TORRES ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con efectos jurídicos a partir del 1º. de marzo de 2005.

Para todos los efectos legales, se entenderá que el demandante nunca se trasladó del Régimen de Prima y conserva, por tanto, todos los derechos y prerrogativas que el mismo le brinda en materia pensional”.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de parte resolutive de la referida sentencia, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

“SEGUNDO. CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a la cual se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a favor del RPM administrado por COLPENSIONES la totalidad el dinero ahorrado por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas a lo largo de su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el evento de existir diferencia entre lo transferido por el RAIS y lo que debería existir en el fondo común del RPM administrado por COLPENSIONES, si el demandante no se hubiera trasladado, dicha suma estará a cargo, en forma exclusiva, de PORVENIR S.A., quien asumirá tal obligación de sus propios recursos”.

TERCERO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia materia de alzada y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

CUARTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$ 1.817.052 a cargo de cada una de ellas, que serán liquidadas

de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)



REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003 – 2018 – 00134– 01 (182)

ACTA No. 434

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha programada en auto que antecede para la celebración de la presente actuación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto conformada por los Magistrados **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **CRISTINA ELIZABETH PANTOJA USAMA** en contra de **LA CIGARRA S.A.S.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, frente a la decisión proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, la siguiente **SENTENCIA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de contrato de trabajo celebrado a término indefinido con la demandada LA CIGARRA S.A.S., que rigió desde el 1º de junio de 2015 y terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora el 26 de agosto de 2017. Como consecuencia de tales declaraciones solicita imponer condena a cargo de la empleadora traída a juicio por

las acreencias laborales enlistadas en el escrito genitor, así como el reconocimiento de derechos extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que el 1º de junio de 2015 fue contratada, verbalmente, para laborar al servicio de la empresa demandada como contadora, bajo su continua subordinación y dependencia, en horario de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 7:00 p.m. y los domingos de 7:00 a.m. a 12:00 m., percibiendo como último salario \$1.400.000.

Sostiene que el 26 de agosto de 2017, de manera unilateral y sin justa causa, el empleador terminó el contrato de trabajo a término fijo cuya fecha de vencimiento era el 16 de diciembre de esa misma anualidad, sin cancelar los derechos laborales reclamados con la presente acción, tales como, salario, recargo de horas extras, prima de servicios, cesantía, intereses a la cesantía, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, auxilio de transporte, entre otros.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada en debida forma la sociedad demandada, a través de apoderada judicial, contestó la demanda para oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, aceptando que entre las partes se suscribieron tres contratos a término fijo: el primero, a partir del 25 de enero que se prorrogó hasta el 17 de diciembre de 2016; el segundo, a partir del 1º de febrero hasta el 31 de julio de 2017, en el cargo de auditora con una remuneración mensual de \$900.000; y posteriormente, desde el 1º de agosto hasta el 16 de diciembre de 2017 en el cargo de contadora, con una remuneración mensual de \$1.400.000, con jornada ordinaria de trabajo y cancelación de todos los derechos de naturaleza laboral.

Manifiesta que el vínculo terminó por renuncia verbal y voluntaria de la demandante quien entregó el cargo el 25 de agosto de 2017. Con base en ello propuso varias excepciones de fondo denominadas “falta de causa para pedir o inexistencia de la obligación”, “buena fe”, “cobro de lo no debido”, “prescripción de prestaciones, salarios e indemnizaciones”, “compensación” y “la genérica”.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 6 de marzo de 2020, luego de verificar el material probatorio y confrontarlo con el petitum de la demanda, declaró probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada denominadas “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO” y, en consecuencia, absolvió a LA CIGARRA S.A.S. de las pretensiones formuladas en su contra, condenando a la demandante a las costas de primera instancia.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó totalmente adversa a sus intereses y no fue apelada, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, según constancia secretarial del 4 de octubre de 2021 no se recibió -vía electrónica- ninguna intervención.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se encuentra plenamente acreditado que la actora laboró para la empresa demandada en los extremos temporales indicados en la demanda? En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones incoadas por activa?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

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

cimiento sus anhelos y a la convocada, aquellos en los cuales estructura su defensa a través de las excepciones de mérito.

1. EXTREMOS TEMPORALES DE LA RELACIÓN LABORAL

Advertido lo anterior y teniendo en cuenta que en el presente proceso la existencia de la relación laboral no es discutida en tanto fue aceptada por la parte demandada al momento de contestar el libelo genitor, la Sala verificará, inicialmente, los extremos entre los cuales ésta se desarrolló por cuanto la demandante indica 1º de junio de 2015 como el tope inicial y la demandada el 26 de enero de 2016.

Para esclarecer tal circunstancia se cuenta únicamente con la declaración dada por la Sra. MILENA PALMA MENA, quien sostiene que la demandante se vinculó verbalmente en enero de 2015, al igual que ella, por cuanto el contrato a término fijo se realizaba 2 o 3 meses después; sin embargo, de acuerdo con la prueba documental allegada en la inspección judicial realizada por la jueza a las instalaciones de la empresa demandada, se observa que en el certificado de aportes en línea la testigo inició su vinculación laboral el 25 de enero de 2016, lo que coincide con el contrato escrito allegado a folio 48 y 49.

Y en tal pesquisa la versión dada por el Sr. JOSÉ VICENTE SANCHEZ, quien afirmó conocer a la demandante desde el año 2015 en nada contribuye, pues si bien fueron compañeros de trabajo ello tan solo ocurrió en el mes de julio de esa misma anualidad, cuando según la documental antes referenciada se vinculó con LA CIGARRA S.A.S.

Por otro lado, si bien el representante legal de la empresa al absolver el interrogatorio de parte señaló que la actora ingreso en el año 2015 para ocupar el cargo de auditora, con un salario de \$900.000, al confrontar tales piezas probatorias se encuentra que tal cargo lo ocupó a partir del 26 de enero de 2016.

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir a esta Sala que efectivamente el extremo inicial de la relación laboral no puede ser otro que el 26 de enero de 2016, porque si era interés de la demandante que se señale uno diferente debió probarlo, a voces del antecitado artículo 167 del C.G.P., pero ello no ocurrió.

2. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS

Solicita igualmente el apoderado judicial de la parte demandante el reconocimiento de las horas extras dominicales y festivos, pues conforme se describe en el escrito inaugural, la demandante laboró al servicio de la demandada de lunes a sábado en un horario de 6:00 a.m. a 7:00 p.m. y los domingos de 7:00 a.m. a 12:00 m.

Para acreditar tal situación fáctica se recibió el testimonio del Sr. JOSÉ VICENTE SANCHEZ, quien señaló que en la empresa se trabajaba “de lunes a lunes” con entrada 6 a.m. sin hora de salida y en ello coincidió la Sra. MILENA PALMA MENA, aclarando que contaban con 2 horas de descanso para el almuerzo. Luego, en la diligencia de inspección judicial adelantada por la jueza, si bien se pusieron para su consideración las tarjetas de entrada y salida del personal vinculado a la empresa, no ocurrió lo mismo con la de la demandante, Sra. CRISTINA PANTOJA.

En todo caso, aun cuando el Juez Colegiado diera por sentado que la convocante a juicio laboraba en una jornada superior a las 48 horas semanales, ello no resulta suficiente para proceder con la liquidación de los derechos laborales que de ello se desprendería, por cuanto tal y como lo ha manifestado en repetidas ocasiones nuestra Superioridad y Órgano de Cierre Jurisdiccional, para que proceda el reconocimiento y pago de esta acreencia laboral se debe comprobar en el transcurso del proceso, su efectiva y puntual realización. Así, en sentencia SL-3009-2017 con ponencia del Mg. GERARDO BOTERO ZULUAGA, se dijo, “(...) no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas(...)”, circunstancia que no presentó en el caso que hoy nos atañe, por cuanto la actora no se encargó de manera alguna de la especial carga procesal que exige esta pretensión, dejando a merced de las pruebas testimoniales aportadas al proceso una demostración de tan alta exigencia.

En este orden, la sentencia absolutoria sometida a escrutinio de esta Sala de Decisión será confirmada en este aspecto, por encontrarla ajustada a derecho.

3. DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aduce el apoderado judicial de la demandante que en el presente asunto se configuró un despido injusto en tanto el contrato de trabajo se pactó a término fijo, con fecha de vencimiento 16 de diciembre de 2017.

Pero tal situación tampoco fue acreditada por la promotora del presente litigio, pues revisado el plenario, a folios 55 a 57, reposa acta de entrega del cargo de contadora fechado 25 de agosto de 2017, por lo que es viable concluir, como lo hizo la operadora judicial de primer grado, que se presentó una renuncia verbal y voluntaria de la demandante y así se corroboró con lo dicho por MILENA PALMA MENA, quien manifestó que la señora CRISTINA PANTOJA renunció debido a la gran carga laboral. En tal aspecto la decisión será confirmada.

4. INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

Solicita la parte activa de la Litis imponer condena a cargo del empleador por el concepto "sanción por la no consignación de las cesantías ante el fondo administrador", reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para quien incumple con la carga de consignar los cesantías anualizadas que se causan durante la vigencia del contrato de trabajo, en las fechas prescritas en dicha ley; es decir, opera únicamente durante la vigencia del contrato de trabajo pues a partir de su fenecimiento y en adelante, se genera la obligación de cancelar directamente al trabajador las cesantías y demás salarios y prestaciones adeudadas, cuyo incumplimiento se castiga con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

En el caso objeto de estudio, por el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2016 al 17 de diciembre de 2016 y el 1º de enero de 2017 al 26 de agosto del 2017 no opera sanción alguna, porque esta acreencia debió cancelarse directamente a la trabajadora al momento de terminar el vínculo y así ocurrió, conforme se verifica a folios 22 y 52 del expediente, en los cuales reposan las liquidaciones de los contratos.

Por esta razón, esta pretensión tampoco alcanza prosperidad y por lo mismo la decisión objeto de consulta a favor de la demandante será confirmada.

5. SANCIÓN MORATORIA Y DEMAS PRESTACIONES SOLICITADAS

Esta indemnización a favor del trabajador por el no pago de salarios y prestaciones sociales al finalizar el vínculo laboral, se regula en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y corresponde a 1 (un) día de salario por cada día en el cual el empleador incurra en mora en su pago; no obstante, esta sanción no es automática sino que requiere verificación de dos aspectos, por una parte, que existe un crédito insoluto a favor del trabajador o trabajadora y, por otra, que existen

razones atendibles en el proceder del empleador que le eximen de asumir tal reparación.

Y lo que ocurre en la presente causa litigiosa es que al momento de terminar los contratos de trabajo vigentes para los años 2016 y 2017, se realizó por parte del empleador la respectiva liquidación como se desprende de las documentales obrantes a folios 22 y 52, las que fueron aportadas por la demandante, reconociendo los siguientes conceptos: auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y 10 días de salario relativo al periodo del 16 al 26 de agosto de 2017.

Así las cosas, al no existir un crédito laboral insoluto a favor de la Sra. Cristina Pantoja, esta pretensión tampoco alcanza prosperidad.

Conforme lo expuesto, la decisión que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante no merece reproche alguno y por lo mismo será confirmada, sin que haya lugar a imponer condena en costas en esta instancia por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 10 de marzo de 2021, objeto del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su

anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)



REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003 – 2019 – 00480– 01 (156)

ACTA No. 433

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha programada en auto que antecede para la celebración de la presente actuación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto conformada por los Magistrados **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de ponente, y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **SAÚL BERNAVÉ BOLAÑOS PANTOJA** en contra de **LA CIGARRA S.A.S.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver los recursos de apelación formulados por las partes que componen la Litis frente a la sentencia de primera instancia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, la siguiente **SENTENCIA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral que se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado a término indefinido con la demandada LA CIGARRA S.A.S., que rigió desde el 2 de enero de 2010 y terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora el 13 de enero de 2017. Como consecuencia de tales declaraciones solicita imponer condena a cargo de la empleadora traída a juicio por las acreencias laborales enlistadas en el escrito genitor, con la respectiva indexación, así como el reconocimiento de derechos extra y ultra petita y las costas procesales.

Como fundamento de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que el 2 de enero de 2010 fue contratado, verbalmente, para laborar al servicio de la empresa demandada como administrador de bodega y vendedor de los productos que comercializa, bajo su continua subordinación y dependencia, en horario de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 7:00 p.m. y los domingos de 6:00 a.m. a 12:00 m., percibiendo una remuneración variable más comisión de ventas hasta completar, por lo menos, el salario mínimo legal mensual vigente.

Sostiene que el 13 enero de 2017, de manera unilateral y sin justa causa, el empleador terminó el contrato de trabajo sin cancelarle los derechos laborales reclamados con la presente acción, tales como recargo de horas extras, prima de servicios, cesantía, intereses a la cesantía, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones, auxilio de transporte, entre otros.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma a la sociedad demandada, la contestó a través de apoderado judicial para oponerse a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, aceptando que entre las partes se suscribieron dos contratos a término fijo a partir del año 2016, con jornada ordinaria de trabajo y cancelación de todos los derechos de naturaleza laboral, inclusive la afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con la administradora PORVENIR S.A.

Sostiene que la decisión de terminar el vínculo es legal por fenecimiento del plazo y con base en ello expuesto propuso varias excepciones de fondo, que denominó "*carencia de acción o derecho para demandar*", "*inexistencia de la obligación y petición de lo no debido*", "*prescripción*", "*buena fe*" y "*la genérica*".

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 21 de abril de 2021, declaró que entre las partes que componen la Litis existió un contrato de trabajo a término indefinido bajo los extremos temporales 31 de enero de 2010 y el 14 de enero de 2017, terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador. Lo condenó, en consecuencia, a pagar a favor del actor el auxilio de cesantía con sus intereses, la prima de servicios, el auxilio de transporte, la compensación de vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo, la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, así como el cálculo de reserva actuarial generado desde el 31 de enero de 2010 hasta el 31 de agosto de 2016. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a los derechos causados antes del 25 de noviembre de 2016, salvo frente al auxilio de cesantía y, oficiosamente la de pago parcial, por valor de \$669.177. Finalmente

absuelve a la sociedad demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra y lo condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme parcialmente con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses judiciales de la parte demandante interpone recurso de apelación para pedir, al Juez Colegiado, revisar la condena sobre la no consignación de las cesantías, mismas que las considera procedentes a partir del 15 de febrero de 2011, cuando empieza la primera obligación del empleador de consignar en un fondo por este concepto a favor del trabajador, así que el recurso se dirige únicamente por esta condena con base en el numeral 3º., artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En lo demás se encuentra conforme con la decisión.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Por su parte, quien representa los intereses judiciales de la sociedad llamada a juicio, interpuso recurso de apelación en procura de su revocatoria por el Superior Jerárquico, en síntesis, sobre los siguientes aspectos:

1. Sobre los elementos constitutivos del contrato de trabajo. En su sentir y frente a la subordinación, definida en la sentencia 386 de 2000 por parte de la Corte Constitucional como el poder jurídico permanente del empleador al trabajador, no se satisface.

Expone que es equivocado el análisis realizado por el despacho al tomar como confesión los hechos contenidos en la contestación de la demanda, tales como la existencia de la relación laboral por haber aceptado irregularidades que se presentaron con el demandante por un tema de cuenta y de dinero o el cumplimiento de una jornada y la exigencia de presentarse y reportarse al finalizar la jornada de trabajo como política de la organización, pues ello solo se dio entre el 16 de septiembre de 2016 y enero de 2017, cuando rigieron 2 contratos de trabajo. Tampoco desnaturaliza el contrato de distribución vigente entre las partes el hecho de que la demandada asumiera el pago de servicios públicos y el arriendo de la bodega a cargo del demandante, en tanto impera la libertad contractual de las partes en búsqueda de un beneficio económico. Enfatiza en que el demandante tenía autonomía e independencia en las actividades que realizaba al punto de contratar al Sr. Serafín Erazo y darles a sus clientes un descuento diferente al fijado por su representada.

Cuestiona igualmente la conclusión a la que arribó en relación con el salario y la prestación personal del servicio, pues los testigos, que dan cuenta de su propia dinámica laboral pero no la del demandante, no lo vieron laborar todos los días y en el mismo horario, pero, además, vinculó al Sr. Serafín Erazo para que realizara sus actividades en la bodega, lo que desnaturaliza este elemento contractual.

2. Sostiene que la prestación social de las cesantías, con base en los artículos 488 y 151 del Código Laboral prescriben en 3 años, por lo que debía prosperar la excepción de prescripción frente a su pago, al igual que frente a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías.

3. En cuanto a la mala fe que consagra la indemnización por mora, cita la sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicación 31416 y 36821 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, para advertir que la sola deuda no da paso a la moratoria, más aun cuando en el comportamiento de su representada no se evidencia la mala fe, tanto es así que los testigos trabajadores se encontraban vinculados mediante contrato de trabajo, no así los de distribución de productos el cual no daba lugar al pago de derechos laborales.

Por último, da lectura al artículo 65 del C.S.T. para solicitar que la condena de \$ 24.591 diarios a partir del 14 de enero de 2017 hasta la fecha, cuando lo correcto era condenar al pago de intereses moratorios a partir de los 24 meses.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se recibió – vía electrónica- la intervención de los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada, conforme se verifica con la constancia secretarial del 4 de octubre de 2021.

El primero de ellos sostiene que la decisión tomada por el Juez de primer grado se encuentra totalmente ajustada a derecho, con excepción de la prescripción de la sanción por no consignación de las cesantías, pues ellas al igual que el auxilio de cesantías se afectan si no se reclaman en los tres años siguientes a la fecha en que surge el derecho, esto es, a la terminación del contrato de trabajo. Aduce, frente a la apelación de la llamada a juicio, que sus argumentos no son de recibo porque se probaron los hechos relacionados en la demanda.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada, replica los argumentos esbozados con la apelación para solicitar que la decisión de primera instancia sea revocada por cuanto no se probaron los tres elementos esenciales del contrato del trabajo, tales como la

subordinación, al no existir claridad si el demandante tenía un jefe inmediato o supervisor, no había imposición de horario y ostentaba libertad para desarrollar la actividad mercantil en tanto ofrecía descuentos superiores a sus clientes; la prestación personal del servicio se desvirtúa debido a que el señor SAULO BOLAÑOS PANTOJA contrató a un tercero para la venta y manejo de la bodega; y, por último, frente a la remuneración, no recibía un pago mensual pues éste consistía en la ganancia derivada de comprar el producto con un porcentaje de descuento y encargarse de su venta. Por otra parte, sostiene no estar de acuerdo con la condena respecto de la sanción por no pago de cesantías, la que considera prescritas.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: 1. Para atender el reproche formulado por activa y pasiva: ¿La sanción por no consignación de las cesantías a un fondo administrador prescribe a partir de la causación anual o los 3 años regulados en el C.S.T. se cuentan a partir de la terminación de la relación laboral? ¿En el caso bajo estudio este fenómeno operó en forma parcial o total? 2. Para atender los reproches de la demandada: i) ¿En el sub examine se acreditan fehacientemente los elementos esenciales del contrato de trabajo, reseñados en los artículos 22 y 23 del C.S.T., como lo estableció la Jueza de conocimiento a favor del demandante? y, ii) ¿Se ajusta a derecho la condena impuesta a la empresa demandada por concepto de indemnización moratoria y cesantías, operando sobre éstas el fenómeno de prescripción?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

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

Advertido lo anterior, la Sala abordará uno a uno los puntos de reproche tanto del demandante como de la demandada, como sigue a continuación:

1. FENÓMENO EXTINTIVO DE PRESCRIPCIÓN FRENTE AL AUXILIO DE CESANTÍA Y SANCIÓN MORATORIA POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO ADMINISTRADOR

La parte demandante, quien manifiesta conformidad frente a la decisión impartida en primera instancia en relación con la declaración del contrato de trabajo y las condenas impuestas a la empleadora demandada, se aparta de las consideraciones que llevaron a la jueza a declarar probada la excepción de prescripción frente a la sanción moratoria por la

no consignación de las cesantías en un fondo administrador, por cuanto, en su sentir, la demanda se radicó en los tres años posteriores a la terminación de la relación laboral, siendo éste el punto de partida para su contabilización aplicando la misma lógica de las cesantías, en tanto no se afectan por este fenómeno.

A su turno, la apoderada judicial de la demandada insiste en que la prestación social de las cesantías prescribe en forma anual, en la forma dispuesta por los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S.

Ahora bien, el artículo 99 de la ley 50 de 1990, en su numeral 3°, dispone que *el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.*

Así mismo, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala:

ARTÍCULO. 151.- Prescripción. *Las acciones que emanen de las leyes sociales **prescribirán en tres años**, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual" (Negrillas fuera del texto)*

De esta manera, es la causación del derecho, en términos generales, la que cuenta para efecto de contabilizar el término prescriptivo antes reseñado, con excepción del auxilio de cesantías, que solo se pone en movimiento a partir de la ruptura del vínculo laboral.

Así lo delineó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 70892 del 3 de diciembre de 2019, cuando expuso:

«Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día;»

Conforme lo anterior, este derecho se causa en forma anual e igualmente prescribe y por lo tanto, descendiendo al caso bajo examen, como la demanda se presentó el 25 de noviembre de 2019 y ello interrumpió la figura de la prescripción, queda a salvo la sanción generada entre el 25 de noviembre de 2016 y el 13 de enero de 2017, en relación con el auxilio de cesantía del año 2015 y ningún valor se causa con respecto al año 2016 y el periodo del 2017, como acertadamente lo definió la operada judicial de primer grado, pues a partir del 14 de

enero de 2017, deja de operar la referida sanción para dar paso a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Así las cosas, la decisión que se revisa por inconformidad de la parte activa y pasiva de la presente Litis no merece reproche alguno y por lo mismo será confirmada.

2. EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Para resolver este punto total frente al cual la parte pasiva del litigio exhibió su desconcierto, precisa acudir inicialmente al artículo 23 del C.S.T., norma que enlista los elementos esenciales del contrato de trabajo, así: 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. Igualmente, al artículo 24 ibidem, en tanto, probada la prestación personal del servicio "*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*".

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

Tal protección se consagra no solo en el art. 53 constitucional, sino que es objeto primordial del Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 1º. y 13º, al igual que en la recomendación número 198 expedida en el año 2006 por la Organización Internacional del Trabajo, que en virtud del bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 93 de nuestra Carta Magna se incorpora a nuestro catálogo de derechos y prerrogativas. Por esta razón, el papel del juez al momento de abordar el estudio de esta clase de contiendas es escudriñar la verdad real, la que se oculta en el manto de las figuras manipuladas, sin quedarse en el confort de aquella que las partes deliberadamente hacen ver en la actuación judicial.

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

Con base en lo reseñado, la Sala anticipa que dentro del plenario se encuentra plenamente demostrado, tanto con la prueba testimonial como de la misma aceptación de la parte demandada al contestar el escrito genitor, que el señor SAULO BOLAÑOS PANTOJA cumplía funciones como administrador de bodega y vendedor al servicio y beneficio de la sociedad traída a juicio, LA CIGARRA S.A.S.

Y ello es así en tanto los testigos traídos por la parte demandante como por la demandada, coincidieron en manifestar que el promotor del litigio efectivamente se desempeñó al servicio de la demandada como administrador de la bodega ubicada en el sector Potrerillo de la ciudad de Pasto(N), en donde se distribuían sus productos que le eran entregados al actor directamente en las instalaciones de la empresa o en ocasiones llevados hasta la referida bodega para su posterior venta.

En ese orden de ideas, ante la presunción que gravita en favor de la parte demandante por aplicación del art. 24 del C.S.T., antes referenciado, le corresponde a la demandada derruirla si su anhelo es alcanzar la absolución de cualquier condena, como lo invoca en su recurso de alzada.

Pero tal cometido no se alcanzó, pues del riguroso análisis del material documental y el amplio material testimonial se desprende que existen serias y reprochables contradicciones que lejos de probar la inexistencia del vínculo laboral, lo confirman.

En efecto, nótese como los testigos Sres. ERNESTO ARTURO COLLAZOS ORTEGA, JORGE GIRALDO PEJENDINO RAMIREZ, MARTIN AZA y NELSON FERNANDO ERAZO PANTOJA, quienes fungieron como compañeros de trabajo del demandante, replicaron al unísono que las ventas eran controladas por los supervisores de cada época, de quienes los vendedores y los administradores de las bodegas recibían órdenes. Igualmente lo hacían los jefes de ventas, quienes realizaban un acompañamiento a los diferentes establecimientos de comercio para verificar la atención al cliente y si éstas se ajustaban a los precios establecidos dentro de la empresa. Sumado a ello se les exigía un horario de trabajo para atención a los clientes y, en caso de incumplirlo, se los penalizaba con descuentos en su remuneración mensual.

Lo anterior, igualmente fue confirmado por la testigo de la parte demandada, Sra. NANCY ALBORNOZ, quien trabajó en la empresa como jefe de depósito y afirmó que los supervisores revisaban las condiciones del producto, así como su fecha de vencimiento. Lo cierto es que, pese al esfuerzo exhibido por ella para diferenciar a los vendedores vinculados con contrato de trabajo del cargo ocupado por el actor, lo que hizo fue confirmar que tanto unos y otros se seguían por un igual procedimiento; esto es, se entregaba el producto sin recibir pago o contraprestación alguna, en la noche hacían el descargue y los vendedores daban cuenta del producido del día, exigiéndoles, mes a mes, el cumplimiento de metas en las ventas.

En conclusión y de las pruebas antes referenciadas, para el Juez Colegiado es clara la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, así como el sometimiento a un horario de trabajo y a diferentes órdenes e instrucciones impartidas por la sociedad demandada a través de sus supervisores, entre ellos los Sres. Orlando Farinango, Jairo Diaz, Ignacio Pantoja, el cumplimiento de metas en ventas y tales imposiciones, de manera irrefutable, son claras manifestaciones de subordinación laboral.

De esta manera se entiende no derruida la presunción de este elemento del contrato de trabajo, pues pese al marcado interés de la parte demandada por mostrar que la vinculación inicial con el señor SAULO BOLAÑOS era de carácter comercial como “distribuidor de productos” y no laboral, ello no tuvo respaldo probatorio alguno cuando además las testigos traídas por la parte demandada, Sras. NANCY ALBORNOZ y JUDITH ERAZO, manifestaron que el arriendo de la bodega que administraba el actor era pagado por la empresa y que en igual forma funcionan las bodegas en las cuales los vendedores tienen contrato laboral.

Y ello no cambia ni siquiera con la afirmación realizada por la apoderada judicial de la demandada, en el sentido de que el actor realizaba a sus clientes descuentos no autorizados por la empresa o que contrató los servicios del señor SERAFÍN JULIÁN ERAZO TOBAR, pues la primera conducta obedeció a la presión realizada por la empresa frente al cumplimiento de metas y lo segundo, era una costumbre en las bodegas, para lo cual se contaba con la autorización de la empresa.

Lo que importa, finalmente, es que la parte demandada en su condición de empleadora, para el manejo de las bodegas de distribución de sus productos contaba, en algunos casos, con personal vinculado mediante contrato de trabajo y, en otras, como es el caso del demandante, con contratos de naturaleza civil tergiversando y desnaturalizando el vínculo de carácter laboral y, por supuesto, los derechos y prerrogativas del trabajador.

Los demás aspectos del contrato de trabajo como el salario y los extremos temporales no fueron objeto de reproche en forma clara y precisa; sin embargo, esta Sala de Decisión los encuentra atendidos a cabalidad sin que la decisión que en este sentido se adoptó en primera instancia merezca reproche alguno, en tanto del material probatorio que obra en el expediente se desprende que el convocante a juicio siempre devengó menos del salario mínimo legal mensual vigente y la relación perduró entre el 1º. de septiembre de 2016 y el 14 de enero de 2017 (fls. 60 a 68 del expediente digital).

En este orden, el argumento esgrimido por pasiva en este puntual aspecto no alcanza prosperidad y por lo mismo será confirmado, porque indubitadamente es deber del Juez del Trabajo develar las verdaderas condiciones que recubrieron los vínculos jurídicos con los trabajadores, sin conformarse con la realidad que intenta mostrar el llamado a juicio en

condición de empleador, en estricta aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

3. SANCIÓN MORATORIA

Esta indemnización a favor del trabajador por el no pago de salarios y prestaciones sociales al finalizar el vínculo laboral, se regula en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y corresponde a 1 (un) día de salario por cada día en el cual el empleador incurra en mora en su pago; no obstante, esta sanción no es automática sino que requiere verificación de dos aspectos, por una parte, que existe un crédito insoluto a favor del trabajador o trabajadora y, por otra, que existen razones atendibles en el proceder del empleador que le eximen de asumir tal reparación.

Ahora bien, en el caso sometido a escrutinio, el primer aspecto se encuentra demostrado y por parte de la convocada a juicio, su argumento de defensa se limitó a negar la existencia del vínculo laboral con anterioridad al 1º de septiembre de 2016 y para ello aportó, únicamente, la liquidación laboral desde este momento hasta el 14 de enero de 2017. Tales justificaciones, en criterio del Juez Colegiado, no alcanzan el mérito suficiente para liberarse de esta condena resarcitoria; por el contrario, el marcado interés por ocultar la verdadera duración del vínculo laboral lo ponen en la línea de la mala fe frente a los derechos laborales del demandante y por esta razón, la decisión impartida en primera instancia, en este puntual aspecto será confirmada. Tampoco derrumba esta condena, como lo anhela la apoderada de la convocada a juicio, el pago de prestaciones sociales correspondiente al periodo del septiembre de 2016 hasta el 14 de enero de 2017, pues en todo caso omitió satisfacer, íntegramente, las prerrogativas laborales que la jueza de primer orden reconoció a favor del demandante.

Quedan de esta manera atendidos todos los problemas jurídicos que se plantearon por la Sala para satisfacer los motivos de inconformidad planteados tanto por activa como por pasiva.

En la forma como se resuelven los recursos de apelación formulados por las dos partes que componen el contradictorio, no se impondrán costas en esta instancia por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de apelación por las partes que componen la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. SIN LUGAR a condenar en costas en esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)



REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2019-00219-01 (146)

ACTA No 432

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y hora programado para la celebración de la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **JUSTINA JANETH NARVÁEZ HERNÁNDEZ** en contra de **AUTOPANAMERICANO DE TRANSPORTES S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la decisión proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales.

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, la siguiente **SENTENCIA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, a través de la presente acción ordinaria laboral, que se declare ineficaz la cláusula contractual denominada "CLAUSULA ADICIONAL AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO" suscrita con la Empresa AUTOPANAMERICANO

DE TRANSPORTES S.A. y, por tanto, se reconozca el reajuste salarial de acuerdo con el mínimo legal mensual vigente durante toda la relación laboral, la que feneció de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, solicita que la demandada sea condenada al pago de los conceptos laborales enlistados en el escrito genitor, debidamente indexados, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido con la Empresa Autopanamericano de Transportes S.A. el 8 de junio de 1995, desempeñándose hasta el 1º de septiembre de 2004 como secretaria y asistente contable, en forma continua, subordinada, atendiendo siempre las órdenes e instrucciones del empleador, cumpliendo un horario de 8 horas diarias, de lunes a viernes y media jornada los sábados y percibiendo el salario mínimo como remuneración.

Posteriormente, el 24 de septiembre de 2004, suscribió por “exigencia” de su patrono, un documento que complementaba el contrato de trabajo inicial denominado “CLAUSULA ADICIONAL A CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO” mediante el cual se redujo a la mitad la jornada laboral al igual que el salario y bajo tales condiciones continuó laborando hasta el 18 de julio de 2018, fecha en la cual la traída a juicio terminó de manera unilateral y sin justa causa el contrato laboral, sin que le cancelara la indemnización por despido ni los restantes conceptos laborales que ahora se reclaman.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada en debida forma la empresa demandada, dentro de la oportunidad legal y a través de apoderado judicial, contestó el libelo genitor admitiendo unos hechos y negando otros. En suma, aceptó que suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido con la demandante el 8 de agosto de 1995, para desempeñarse en el cargo de auxiliar contable; más adelante, el 24 de septiembre de 2004, pactaron una cláusula adicional al contrato individual de trabajo en virtud del cual se redujo la jornada laboral y el salario de la actora en un 50% y tal compromiso obedeció a su voluntad que se ratificó con la firma del mencionado documento. Sostiene, por último, que la demandante renunció a sus labores, negando por tanto la configuración de un despido sin justa causa y ratificándose en el pago de todos los emolumentos que hoy se persiguen.

Se opone por tanto a todas y cada una de las pretensiones incoadas por activa y solicita que su representada sea absuelta de todo cargo, en tanto la demandante actúa de mala fe al buscar un provecho propio que en la realidad no le atañe. Formula en defensa de su prohijada varias excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la directora judicial de primer grado, en sentencia fechada 9 de abril de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, bajo los extremos temporales 8 de junio de 1995 a 27 de julio de 2018, con media jornada de trabajo a partir del 24 de septiembre de 2004, eficaz la cláusula adicional al contrato individual de trabajo suscrito entre las partes en relación con la disminución, al 50%, de la jornada laboral y terminado el vínculo laboral de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Condenó, en consecuencia, a la sociedad demandada a pagar a favor de la demandante la indemnización por despido sin causa, reliquidación de algunos derechos laborales e indemnización moratoria regulada por el artículo 65 del C.S.T., por no pago de todos los derechos causados a favor de la promotora del litigio, de lo cual se ordena descontar el pago realizado por consignación judicial. Absolvió a la empresa demandada de las restantes pretensiones y le impuso asumir las costas procesales.

Para arribar a tal determinación argumentó la jueza singular, que la existencia del contrato de trabajo no es materia de debate judicial; empero, en relación con la cláusula en virtud de la cual se adiciona el contrato de trabajo, celebrada el 24 de septiembre de 2004, la encontró ajustada a los artículos 127 y 158 del C. S. T. y a los distintos pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de los cuales la duración de la jornada laboral puede estipularse de mutuo acuerdo, siempre que ella no trasgreda los topes legales y sea proporcional al salario devengado, sin afectar el mínimo legal, lo que no ocurrió en el presente caso.

Ahora bien, si la discusión se centra en las condiciones de validez del acuerdo bilateral, como son: la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas, lo que se desprende del análisis probatorio es que la accionante no demostró, como era su deber probatorio, la existencia de vicios del consentimiento, presión o constreñimiento para su aprobación; por el contrario, la propia demandante aceptó que tal acto

estuvo desprovisto de tales defectos y así lo ratificaron los testigos de la parte demandada.

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme parcialmente con la decisión adoptada, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación por discrepar de la interpretación realizada frente a la eficacia de la cláusula adicional al contrato de trabajo, pues a voces del artículo 43 del C.S.T. no proceden ni surten efecto alguno las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador.

Insiste en que la demandante fue obligada por el empleador a firmar una nueva cláusula con el fin de cambiar las condiciones de la jornada de trabajo y el salario pactado desde el año 1995, con el contrato inicial, a sabiendas de la prohibición del referenciado artículo, tomando por asalto a la trabajadora e imponiéndole condiciones desfavorables.

Por último, califica de impertinente e improcedente el testimonio rendido por el Sr. Javier Chamorro, traído por la parte demandada, quien no conocía las condiciones en las que se suscribió la modificación del contrato, en tanto se vinculó un año después de tal suceso.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020, se recibió -vía electrónica- según constancia secretarial del 4 de octubre de 2021, la intervención del apoderado judicial de la parte demandada, quien solicita confirmar la decisión de primera instancia, al encontrarla ajustada a derecho y a la realidad de la situación de la actora, de quien expresa siempre estuvo de acuerdo con las

condiciones pactadas por las partes, cuando además se trató de un acuerdo muy sano.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio el siguiente problema jurídico: ¿La decisión adoptada por la falladora judicial de primer grado, al declarar eficaz la cláusula adicional pactada de mutuo acuerdo entre empleador y trabajadora, el 24 de septiembre de 2004, se ajusta a derecho; o, por el contrario, en la forma reñida por activa, ésta contraviene los lineamientos del artículo 43 del C.S.T., por desmejorar las condiciones laborales y derechos mínimos de la demandante?

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

1. CLAUSULAS INEFICACES EN MATERIA LABORAL

Antes de abordar el único punto de reproche planteado por activa, la Sala advierte que la existencia del contrato de trabajo a término indefinido vigente entre las partes que componen la Litis, sus extremos temporales, así como su terminación unilateral e injusta y sus consecuentes condenas no fueron objeto de reproche; por el contrario, quien representa los intereses judiciales de la convocada a juicio, con ocasión de los alegatos de conclusión en segunda instancia, solicita al Juez Plural impartir su confirmación por encontrarlas ajustadas a derecho.

Por esta razón, el Juez Colegiado concentra su atención en verificar si las partes que conforman un contrato de naturaleza laboral tienen límites legales que les impiden disponer de la jornada de trabajo, así como el salario que lo retribuya.

Bajo tales premisas, es claro que el derecho laboral colombiano y los contratos de trabajo que en él se respaldan, traen consigo derechos y garantías que imperativamente se reconocen a favor del trabajador, de tal suerte que cualquier condición que afecte los derechos mínimos que les ha otorgado la Constitución y la ley no producirá efecto alguno por así disponerlo, en forma expresa, el artículo 43 del C.S.T., cuando establece:

Artículo 43. Clausulas ineficaces: En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos,

convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

En ese entendido, si se declara la ineficacia de una cláusula esta se considerará como no escrita o inexistente y, en consecuencia, no producirá efecto jurídico alguno; no obstante, para que esto ocurra se debe configurar un desmejoramiento en las condiciones laborales del trabajador, tales como pagar un salario inferior al mínimo, generar un exceso de trabajo, entre otras.

Por otro lado, los artículos 132 y 158 del mismo compendio sustantivo, contemplan una distinción a la declaratoria de ineficacia de las cláusulas, decretando, que la jornada ordinaria de trabajo será *la que convengan las partes* o la máxima legal, al igual que pueden convenir libremente el salario, en sus diversas modalidades, siempre que se respete el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales¹

Así lo reseñó la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de julio del 2012 radicado 39691, posteriormente citada en la sentencia SL 1720 del 8 de mayo de 2018, Magistrado Ponente Santander Rafael Brito Cuadrado, en la que señaló:

*“Por ende, para que dicha clase de acuerdo (reducción de la jornada de trabajo) tenga la virtualidad de producir los efectos de reducción salarial acá alegado por la pasiva, se requiere **una manifestación expresa, de claridad rotunda e inobjetable al respecto**, dada la trascendente consecuencia que tal modificación comporta para el ser humano laborante, dependiente en grado sumo de su fuerza de trabajo para producir una determinada cuantía como retribución, por lo que toda circunstancia que conlleva una afectación de esta, deberá estar absolutamente justificada constitucional y legalmente por la parte empleadora y al así no acreditarse, como acá ocurre, encauza al empresario al terreno de la enrostrada modificación unilateral salarial a la que paradójicamente el mismo tribunal hizo referencia:*

Esa estipulación supone, cómo es obvio, un acuerdo de voluntades entre patrono y trabajador respecto del salario, sin que puedan llegar a determinar nunca su forma y valor por una mera imposición unilateral del empresario o por una exigencia exclusiva del empleado, puesto que si el monto de la remuneración y la naturaleza del servicio que debe ejecutarse para devengar lo son los puntos mínimos sobre los cuales necesariamente han de concurrir los quereres del empleador y del asalariado para que se configure el contrato de trabajo, que es eminentemente consensual, la ausencia de acuerdo sobre alguno de tales puntos impedirían el nacimiento del contrato, y el intento de variar lo convenido por

¹ Código Sustantivo Del Trabajo. Artículos 132 y 158. Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951

acto o iniciativa unilateral de cualquiera de las partes contratantes no puede merecer refrendación legal o judicial, ni puede ser fuente de derecho o base para consolidar situaciones jurídicas en su favor para quién busque variar por sí y ante sí lo pactado con otra persona, así ésta por sus condiciones de inferioridad circunstanciales o momentáneas no pueda tomar las medidas que conduzcan a restablecer el equilibrio contractual perdido²"

Bajo tal escenario, lo que valida cualquier cambio en el contrato de trabajo es, en primer lugar, que impere la voluntad de las partes y en especial que la del trabajador se encuentre libre de cualquier vicio o apremio que estropee el consentimiento y, en segundo lugar, que se establezca de manera expresa por las partes, con claridad rotunda e inobjetable, que la reducción de la jornada comprime en igual proporción el salario que se venía devengando, solo así se justifica tal determinación.

2. CASO CONCRETO

Advertido lo anterior, es la cláusula adicional al contrato de trabajo suscrita entre empleador y trabajadora el 24 de septiembre de 2004, la que ocupará la atención de esta Sala de Decisión, misma que se pactó bajo el siguiente tenor:

*"Hemos acordado, como en efecto lo hacemos, adicionar al contrato de trabajo que existe entre las partes, las siguientes cláusulas: PRIMERO: HORARIO DE TRABAJO el empleador laborará en el siguiente horario 8 a.m. a las 12 M. SEGUNDO: **El valor del salario será el 50%** de la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA..."*

Y tal valor salarial para el año 2014, resulta superior al mínimo legal vigente que, para esa anualidad en el 50%, correspondía a \$ 308.000.

En este orden, para el Juez Colegiado la decisión que en este sentido se impartió en primera instancia no merece reproche alguno, pues luego de una confrontación de los documentos y demás pruebas traídas al proceso, no cabe duda que tal acuerdo de voluntades del empleador AUTOPANAMERICANA DE TRANSPORTE S.A. y la trabajadora JUSTINA JANETH NARVÁEZ HERNÁNDEZ es válido, pues no se demostró que con él se afectaran sus derechos mínimos e irrenunciables ni se le desmejoraron sus condiciones laborales, pues solo en dichos eventos el pacto bilateral resulta ineficaz a

² C.S.J., S.C.L., Rad. No. 39691, 10 de julio de 2012. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. C.S.J., S.C.L., Sala de Descongestión No. 2. SL 1720-2018. Rad. No. 55541, 8 de mayo de 2018. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

voces de los artículos 13³ y 43⁴ del C.S.T., en armonía con el precedente jurisprudencial antes referenciado.

Pero si aún ello no resultara suficiente, tampoco se demostró por la parte demandante, como era su deber probatorio para respaldar sus anhelos, siguiendo lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., que para el momento en el cual se suscribió el acuerdo, hace aproximadamente 17 años, el empleador ejerciera sobre la trabajadora presión indebida, coacción o fuerza (como se anunció en la demanda) que llevara al operador judicial, al menos a presumir, la presencia de vicios en el consentimiento que por supuesto le restaría valor al acto jurídico denominado “CLAUSULA ADICIONAL AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO”. Contrario a ello y de las declaraciones entregadas por los testigos traídos por la parte demandada, los cuales por ser coincidentes merecen credibilidad y convicción del Juez Colegiado, es viable concluir que en tal oportunidad no solo se garantizó la libertad que tienen los sujetos para convenir las condiciones laborales, con la exigencia antes anotada, sino que además respondió a la seria intención del empleador de conservar a la trabajadora en su puesto de trabajo, aspecto que lo asintió la propia demandante al momento de responder el interrogatorio de parte.

En efecto, del dicho de los testigos presentados por la accionada, específicamente de la Sra. ALEXANDRA MARITZA MUÑOZ OBANDO, se extrae que la demandante, por asuntos familiares, pretendía terminar la relación laboral con la empleadora; sin embargo, el Sr. Bayardo Gonzáles, a manera de apoyo o concesión, le propuso laborar medio tiempo para evitar su retiro. Ahora bien, la Sala no tendrá en cuenta la declaración del Sr. GUSTAVO GUILLERMO MEJÍA BENAVIDES, en la forma solicitada por el alzadista, porque efectivamente su vinculación con la llamada a juicio es posterior

³ **ARTÍCULO 13. MÍNIMO DE DERECHOS Y GARANTÍAS.** Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

⁴ **ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES.** En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

a la fecha en los que se enmarca el estudio jurídico, pero ello en nada cambia la decisión que ahora se revisa porque ninguna otra prueba acredita el dicho de la demandante, incluso, llama la atención de la Sala que, si ésta se firmó en el año 2004, la actora mostrara su inconformidad tan solo 15 años después.

Aunado a lo anterior, en cuanto al presunto desmejoramiento laboral causado al reducir el salario al 50 % del salario devengado hasta ese momento, es preciso aclarar que la propia demandante aceptó, en el momento procesal antes enunciado, que conocía las consecuencias de la reducción de la jornada laboral y el nomológico impacto en su retribución mensual, sin que finalmente se afectará el mínimo legal mensual como antes se expuso.

Por consiguiente, no hay ninguna razón para restarle eficacia jurídica a la cláusula adicional del contrato de trabajo suscrito por las partes, por cuanto ella no solo es el resultado de un claro proceso de libertad de disposición de las partes, sino que además y con mayor énfasis, se respetó el mínimo de derechos y garantías de la demandante consagradas a su favor en el ordenamiento legal y constitucional.

En consecuencia, la decisión objetada parcialmente por activa será confirmada, quedando de esta manera atendidos todos los problemas jurídicos planteados para desatar la presente Litis.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C. G. P. y el acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, dadas las resultas del proceso se impondrán costas en esta instancia a cargo del apelante por activa y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$908.526, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE IPIALES (N), objeto de apelación por la parte demandante, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la parte demandante a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 smlmv; esto es, \$908.526, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)



REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2018-00348-02 (135)

ACTA No. 436

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), fecha señalada para la celebración de la presente actuación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, conformada por los doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de magistrada ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **ENIO OVIDIO BASTIDAS LEGARDA** en contra de **G.C. INGENIEROS S.A.S. y BALCONES DE SAN JUAN PROPIEDAD HORIZONTAL**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas. La restante integrante de la sala, Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ, se encuentra disfrutando de descanso compensatorio concedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia de primera instancia proferida el 10 de marzo de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N).

Se deja constancia que para la presente actuación se siguen los lineamientos procesales trazados en el Decreto No. 806 de junio 4 de 2020, por lo que se dicta, en forma escrita, la siguiente **SENTENCIA**.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato realidad o ficto de trabajo con **G.C. INGENIEROS S.A.S.**, vigente desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual terminó su vínculo laboral sin justa causa atribuible al empleador. Igualmente se declare a **BALCONES DE SAN JUAN – PROPIEDAD HORIZONTAL** solidariamente responsable por las obligaciones que se deriven de tal vínculo laboral y que se enlistan en el petitum de la demanda, así como lo que resulte de aplicar la facultad extra y ultra petita, junto con las costas procesales.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que fue vinculado laboralmente por la constructora C.G. INGENIEROS S.A.S. a través de contrato de prestación de servicios para desempeñarse como administrador delegado ante la Propiedad Horizontal BALCONES DE SAN JUAN desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016, data en el cual se dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Expone que laboraba en una jornada de lunes a viernes de 9:00 a.m. a 3:00 p.m., sábados, domingos y festivos de 11:00 a.m. a 3:00 p.m. devengando un salario mensual de \$1.500.000.

Agrega que como administrador del Conjunto Residencial Balcones de San Juan cumplió, entre otras, las siguientes funciones: respondió quejas y reclamos de los propietarios y arrendatarios, presentó cuentas de cobro, controló al personal de aseo y vigilancia a su cargo, recaudó cuotas de administración, canceló servicios públicos de mantenimiento, liquidó nómina, llevó la contabilidad, rindió informes y adelantó otras gestiones afines a su cargo.

Expone que tales funciones eran supervisadas por la Sra. INGRID GUERRERO, quien se encargada de cancelar salarios e impartir órdenes, al igual que los propietarios de la constructora demandada, careciendo de autonomía para desempeñar sus funciones. Indica, finalmente, que se le adeudan los derechos laborales solicitados en la demanda y que el contrato terminó sin justa causa por parte de la Asamblea General de Copropietarios del Conjunto Residencial Balcones de San Juan, generando afectaciones materiales y morales, por lo que alega la existencia de solidaridad entre las convocadas a juicio.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificadas en debida forma, a través de apoderados judiciales, las convocadas a juicio contestaron el escrito inaugural oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, en la forma como sintetiza a continuación:

Por parte de G.C. INGENIEROS S.A.S., argumentando que si bien el demandante fue contratado para desempeñar la función de administrador éste no fue de carácter laboral sino civil, de prestación de servicios, en el cual no se exigía jornada laboral, no se cancelaba salario ni existía subordinación, cuando además desempeñaba la misma labor en otras propiedades horizontales.

Conforme a ello y atendiendo la naturaleza de la vinculación, manifiesta que no se causaron salarios ni prestaciones sociales, que no existe prueba sobre las afectaciones alegadas y que las mismas hayan sido causadas por la terminación del contrato de prestación de servicios con la propiedad horizontal. Adiciona que el trabajador tenía la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social y que la solidaridad no existe, pues acorde al artículo 34 del C.S.T.,

las empresas deben manejar el mismo objeto social, lo que no ocurre en el presente caso. Con base en ello formuló varias excepciones de mérito visibles a folios 124 a 125 del expediente digital.

Por su parte, el apoderado judicial del Conjunto Residencial Balcones de San Juan, alegó que varios hechos no le constan en tanto la relación contractual es con G.C. INGENIEROS S.A.S. y no frente a su prohijada, aunque aceptó el cargo desempeñado por el actor como administrador provisional delegado, desprovisto de los elementos que caracterizan el vínculo laboral, aclarando que al inicio la constructora administraba lo que en su momento le pertenecía, por ser el propietario inicial del condominio.

Sostiene que el actor no cumplía un horario fijo, que no existió despido sin justa causa y que su representada hizo efectivo su derecho legal de nombrar su administrador cuando alcanzó el coeficiente necesario acorde a la Ley 675 de 2001, siendo éste de libre nombramiento y remoción. Bajo tales argumentos formuló en defensa de su prohijada varias excepciones de mérito (fls.129 a 134).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 10 de marzo de 2020, en decisión final, declaró probada la excepción de fondo denominada “*INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL*”, formulada por la parte demandada C.G. INGENIEROS S.A.S. y la propiedad horizontal BALCONES DE SAN JUAN. En consecuencia, absolvió a las convocadas a juicio de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante, a quien condenó en costas.

Para arribar a tal conclusión, la directora judicial de primer orden, teniendo en cuenta los fundamentos legales contenidos en la Ley 675 de 2001, los jurisprudenciales plasmados en las sentencias C-474 del 2004 y C- 384 del 2008 proferidas por la Corte Constitucional y el análisis efectuado a cada medio probatorio allegado al proceso, concluyó que el vínculo del demandante como administrador de la copropiedad convocada se basó en una relación especialísima basada en la confianza, profesionalismo y ética, por hacer parte de los órganos de administración de la copropiedad, por lo cual no puede ser tratado como cualquier otro trabajador.

Advierte que el actor de la presente Litis tenía pleno conocimiento sobre la forma de vinculación inicial, es decir, que se trataba de un contrato de prestación de servicios y ello le permitió flexibilizar el tiempo para desempeñar el objeto contractual y a la vez cumplir igual cargo en otra copropiedad, sin que ello evidencie engaño en su buena fe dada su formación

académica, profesional y docente, otorgándose plena validez al contrato aportado con el escrito inicial, el cual no fue tachado de falso ni desvirtuado de manera alguna.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por la Jueza de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, para que el Juez Plural la revoque y, en su lugar, acceda a todas las pretensiones invocadas en nombre de su representado, o, en su defecto, decrete la nulidad para subsanar los yerros procesales. Con tal propósito expone:

Disiente de la valoración de los testigos solicitados por su representado, pues claramente el Sr. Franco Gustavo Narváez Burbano, corroboró las funciones alegadas por el actor sin que ello sea considerado por el juzgado, avizorando la existencia de un contrato de trabajo y no de un contrato de prestación de servicios. Igual situación ocurre con lo dicho por el Sr. Jesús Gildardo Delgado Arcos, quien dio cuenta del horario cumplido por el actor y que el contrato firmado con el demandante no continuó para el año 2018 al no ser autorizado por la Constructora. En cuanto a lo afirmado por la Sra. Tulia Clemencia Chara Mera, se determina el extremo inicial de la relación laboral, así como el horario desempeñado, exponiendo, además, que fue Ingrid Guerrero quien lo contrató en nombre de la constructora y se encargaba de cancelar las obligaciones que tenía la propiedad horizontal. Con ellas se prueba la inexistencia de autonomía y confianza del actor en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco comparte que el juzgado hiciera una referencia mínima a lo dicho por la Sra. Ingrid Guerrero, ni esclarezca porque se le exigía al actor la presentación de cuentas de cobro; la excesiva credibilidad dada a los testigos traídos por la propiedad horizontal, misma que debe ser neutral y equilibrada; y, en general, cuestiona el valor probatorio dado a la versión dadas por los Sres. Álvaro Fidel Delgado Benavides, Sandra del Socorro Benavides Paz, mismos que a pesar de ser tachados de falsedad se consideraron para desvirtuar el contrato de trabajo, dejando de lado el interrogatorio rendido por el actor.

Sostiene, por otra parte, que ninguna de las pruebas solicitadas por las demandadas hace relación a los libros de minutas, los cuales se allegaron posteriormente en la audiencia del 3 de marzo, evidenciándose que no se decretó en debida forma ni se autorizó de oficio, por lo que se constituye en una prueba ilegal. En cuanto a la inspección decretada debió ser trasladada a la parte demandante, lo que tampoco ocurrió y finalmente, ningún valor probatorio se le dio a la certificación de la Universidad Remintong, con la cual se pretendía conocer los horarios y el trabajo del actor y si este se cruzaba o no con el desempeño en Balcones de San Juan.

Por último, expone que para acreditar contrato de trabajo no es necesario que el administrador recoja en forma personal las cuotas de administración, pues en la mayoría de las propiedades horizontales se maneja cuentas de ahorro o corrientes y las vinculaciones con los administradores es mediante contrato de trabajo.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto Legislativo No. 806 de junio 4 de 2020, según constancia secretarial de 21 de octubre de 2021, no se recibió vía electrónica ninguna intervención.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la falladora de primera instancia, de tener probada la excepción de inexistencia de la relación laboral, o, por el contrario, como lo increpa el alzadista por activa, existe una indebida valoración probatoria, tanto documental como testimonial, que condujo erróneamente la absolución de las demandadas? En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones incoadas por activa?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a dirimir la presente causa litigiosa, advierte la Sala, primigeniamente, que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor se encuentra en la imperativa obligación de acreditar en juicio los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, en virtud del principio de la carga de la prueba regulado en el artículo 167 del C.G.P., aplicable al derecho adjetivo laboral por el principio de integración normativa, siendo deber de quien acciona el aparato judicial allegar al proceso todos los medios de prueba que respalden sus súplicas, pues la inactividad probatoria conlleva ineludiblemente a emitir un fallo absolutorio, más aún cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia de un contrato de trabajo, pues es relevante analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, la configuración de los elementos esenciales que lo caracterizan, sin que ello implique, de manera

alguna, que la convocada a juicio no deba demostrar los hechos en los cuales estructura su defensa.

Advertido lo anterior, la Sala concentrará su atención en el desarrollo de los siguientes puntos de estudio para dar solución a los problemas jurídicos planteados.

*** LEY 675 DE 2001 Y FORMA DE VINCULACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS PROPIEDADES HORIZONTALES**

La Ley 675 de 2001, que reglamenta el régimen de propiedad horizontal como una forma especial de dominio, consagra que una vez constituida nace la persona jurídica y será la encargada de “*administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento (...)*”.

En ese sentido, la persona jurídica será administrada y representada legalmente por la persona que designe la asamblea general de propietarios, a menos que exista un consejo de administración para que desempeñe las funciones que la misma ley le otorga, ello acorde a los artículos 50 y 51 de la norma en cita. Adicionalmente, se consagra la posibilidad de ejercer administración de forma provisional, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 52. ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL. Mientras el órgano competente no elija al administrador del edificio o conjunto, ejercerá como tal el propietario inicial, quien podrá contratar con un tercero tal gestión.

No obstante, lo indicado en este artículo, una vez se haya construido y enajenado un número de bienes privados que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, cesará la gestión del propietario inicial como administrador provisional.

Cumplida la condición a que se ha hecho referencia, el propietario inicial deberá informarlo por escrito a todos los propietarios del edificio o conjunto, para que la asamblea se reúna y proceda a nombrar el administrador, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. De no hacerlo el propietario inicial nombrará al administrador definitivo”.

Igualmente, se establece que la asamblea general puede “*Nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente cuando fuere el caso¹, para periodos determinados, y fijarle su remuneración*”.

Ahora, si bien la normativa en cita regula diferentes temas frente a la administración y manejo de las propiedades horizontales, existe un vacío normativo en lo referente al tipo de contrato

¹ Aparte subrayado que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-474 de 2004 del 18 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

que debe suscribirse con el administrador, sea delegado o permanente, pues la sola expresión “suscribir el contrato respectivo de vinculación con el administrador” consagrado en el parágrafo 1° del artículo 50 de la Ley 675 de 2001, no resulta clara.

De esta manera, es indispensable remitirse a otras figuras jurídicas que permitan su vinculación, ya sea de naturaleza laboral regulado en el Código Sustantivo del Trabajo o a través de uno de prestación de servicios profesionales, que se orienta por diferentes normas de orden civil, comercial o incluso administrativo, según fuere el caso, los que resultan válidos, indiscutiblemente, siempre que se respeten las normas que los regulan. Su designación, así como su remoción, se hará por el órgano administrador de la persona jurídica.

Bajo ese entendido y descendiendo al caso bajo estudio, a efecto de determinar si verdaderamente entre el demandante y la sociedad demandada C.G. INGENIEROS S.A.S., existió un contrato de trabajo o uno de naturaleza diferente, por encima de las formas utilizadas por las partes, pasa el Juez Colegiado a analizar de forma minuciosa el acervo probatorio que reposa en el plenario, tanto testimonial como documental, pues es este el punto central de debate propuesto por activa, luego de calificar como desacertada la valoración probatoria que cimienta la decisión judicial adoptada por la jueza de primer grado.

***CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS vs EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO Y APLICACIÓN DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

Sobre este punto toral, esta Sala de Decisión considera oportuno rememorar que el contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, comercial o incluso administrativa, es utilizado para vincular a trabajadores independientes o personas jurídicas, los cuales poseen libertad y autonomía para ejecutar la labor encomendada, sin estar sometidos a una continua subordinación, siendo este el principal elemento diferenciador con el contrato laboral. De esta manera por medio de la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se ha delimitado ciertas particularidades que reviste este tipo de vinculación y que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar cada caso.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-4347 del 14 de octubre de 2020, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dispuso:

*“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de contratación no está vedado a una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones.** Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad, al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.*

Por otra parte, es preciso señalar que, por lo general, en los contratos de prestación de servicios el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas particulares y circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

*Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, **le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.*** (Negrilla de la Sala)

Ahora bien, para establecer la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, se verificará si en el sub examine se acreditan fehacientemente los elementos configurativos del contrato de trabajo, regulados en los artículos 22 y 23 del C.S.T.; es decir, que el Sr. ENIO BASTIDAS prestó sus servicios a favor o beneficio de las persona jurídicas traídas a juicio en calidad de empleador, esto es, C.G. INGENIEROS S.A.S., que la misma tenía el carácter de subordinada y que percibía a cambio una remuneración, independientemente de la formas o artificios adoptados para su ocultamiento, aunque es preciso advertir que de conformidad con el artículo 24 del mismo compendio sustantivo, bastará probar el primer elemento - la prestación personal del servicio a favor de la demandada- para que por ley se presuma su existencia.

A su turno, la parte traída a juicio en calidad de empleador tiene la carga de desvirtuar esta presunción legal, acreditando que el vínculo se desarrolló por fuera de los lineamientos laborales y desprovistos de subordinación o dependencia.

En todo caso, es papel relevante del juez laboral que, al momento de abordar el estudio de esta clase de contiendas, escudriñe la verdad real, la que se oculta en el manto de las figuras manipuladas sin quedarse en el confort de aquella que las partes deliberadamente hacen ver en la actuación judicial y así se procederá.

) Prestación personal del servicio y subordinación

Este elemento principal de la relación jurídica que envolvió a la contratante C.G. INGENIEROS S.A.S. y ahora contendiente no se discute, pues desde la contestación de la demanda aceptó que el actor ocupó el cargo de administrador provisional delegado de la propiedad horizontal también demandada, antes de que ésta asumiera su administración. Ello también fue ratificado con las pruebas documentales y testimoniales aportadas por las dos partes que componen la Litis. Por tanto, resulta válida la aplicación de la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., invirtiendo la carga de la prueba a la empresa traída a la contienda como obligada principal, para que desvirtúe la existencia de subordinación en la prestación personal del servicio.

Y tal carga demostrativa se cumplió a cabalidad, pues de las declaraciones de los testigos y confrontadas con las pruebas documentales, que más adelante se detallan por ser el fundamento de la alzada, ninguna duda le asiste al Juez Colegiado frente al ejercicio de las funciones a cargo del demandante, como administrador de la propiedad horizontal denominada "BALCONES DE SAN JUAN", inicialmente a cargo de C.G. INGENIEROS S.A.S. y luego de la referida persona jurídica, en forma autónoma y desprovista de cualquier viso de subordinación.

En efecto, la versión entregada por los testigos, Sres. Franco Gustavo Narváez Burbano, quien trabajo en diferentes centros comerciales y condominios con el actor y Jesús Giraldo Delgado Arcos, ex trabajadores de Balcones de San Juan PH, manifestaron ser contratados por el demandante, quien cumplía el horario de 9:00 a.m. a 3:00 p.m., laborando incluso hasta los fines de semana, pero que si por alguna razón no se encontraba en el Condominio eran ellos quienes recibían las cuotas de administración.

Pero tales revelaciones, en verdad, solo confirman la prestación personal del servicio advirtiendo que su beneficiario fue el condominio, no la firma C.G. INGENIEROS S.A.S., a quien el demandante trae a juicio en su condición de empleador. Y si aún ello no resultare suficiente, es preciso advertir que el Sr. JESÚS DELGADO únicamente laboró un mes y, por tanto, nada conocía sobre los aspectos relevantes que ahora se indagan.

Y ello no cambia ni siquiera por el conocimiento parcial que tiene FRANCO NARVÁEZ respecto del horario de trabajo que atendía el convocante a juicio, pues en profesiones liberales como es el caso en estudio, éste bien puede ser fijado por el propio contratista, salvo que se acredite que el mismo fue impuesto por quien se reseña como empleador, que no es el caso. Tampoco por el hecho de contratar personal a su servicio ni pagarles su salario, pues ello no se encuentra prohibido en actividades de esta naturaleza, cuando es claro, además, por así sostenerlo los 3 deponentes traídos por el demandante, que él se desempeñaba como administrador del Centro Comercial San Agustín, desconociendo su tiempo de disposición, situación que igualmente fue aceptada por el demandante al momento de rendir interrogatorio de parte.

Sobre el particular, nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisprudencial ha sostenido, en reciente jurisprudencia SL1439-2021, que:

"En aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada, es bien conocida la técnica del haz de indicios, es decir, criterios que reflejan los rasgos más comunes de un vínculo laboral dependiente. Se trata de recabar, analizar y sopesar datos fácticos relevantes que denoten el ejercicio de facultades empresariales de organización, dirección y control de las condiciones de trabajo"

“Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación». Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo)”.

Lo anterior resulta suficiente para validar la decisión increpada por activa, pero en todo caso, es preciso analizar las manifestaciones realizadas por los testigos de la llamada a juicio, en especial el rendido por el Sr. ANISETO LOPEZ CHAVEZ, ex trabajador de Balcones de San Juan, quien si bien conoció al demandante por ser el administrador del Condominio y su jefe hasta el año 2016, fue enfático en manifestar que desde su labor como vigilante observó que el actor no cumplía horario, pues no asistía todos los días sino entre 2 o 3 veces a la semana y mucho menos que se presentara a laborar los fines de semana y que ello podía constatarse con el registro en las minutas.

En el mismo sentido la Sra. Sandra del Socorro Benavides Paz, quien fue tachada por sospecha, informó que, si bien el actor actuó como administrador del conjunto residencial, el mismo no cumplía horario, no permanecía en su oficina sino 2 veces a la semana entre 1 a 2 horas aproximadamente, por lo que las cuotas de administración las recibían los vigilantes, incluso las quejas, dejando la anotación en las minutas. De ello da fe por cuanto su apartamento queda ubicado al frente de la oficina de la administración y que al ser ama de casa, vendedora por catálogo con salidas esporádicas y madre de un hijo menor, podía presenciar tales situaciones.

En similares términos depone el Sr. Álvaro Fidel Delgado Benavides, enfatizando que al momento de cancelar las cuotas de administración el actor nunca se encontraba, por tanto, quien recibía el dinero eran los vigilantes, lo que corrobora con los recibos de pago que llevan su firma.

Por último, se tiene que la Sra. Ingrid Guerrero, mencionada reiteradamente por otros testigos, indicó que conoce al demandante desde el 30 de abril de 2014, cuando se lo vinculó como administrador provisional por parte del propietario inicial, C.G. INGENIEROS S.A.S., mediante contrato de prestación de servicios, ejerciendo por tanto sus funciones de forma autónoma, sin cumplimiento de horarios ni ninguna otra clase de órdenes constitutivas de subordinación.

Expresó que el demandante actuó además como contador en el conjunto residencial, cancelándosele el valor de \$750.000 por cada cargo, que pasaba cuenta de cobro a nombre del condominio o que se cancelaba directamente de los valores que recaudaba y que era el encargado de utilizar los dineros, contratar personal y verificar sus funciones.

En relación con los restantes testimonios, si bien no fueron aludidos por el recurrente, este Cuerpo Colegiado al analizarlos no encuentra aspectos relevantes que puedan respaldar las afirmaciones del demandante, pues todos tienen claridad en cuanto a que la vinculación del actor fue a través de un contrato de prestación de servicios, revestido de autonomía e independencia, siendo designado como administrador provisional y conocedor de que al momento de que la propiedad horizontal alcanzara el coeficiente del 51%, que señala la ley antes referenciada, podría ser removido de su cargo, como en efecto ocurrió.

Por consiguiente y sin necesidad de mayores elucubraciones, la Sala encuentra desvirtuada la subordinación que se presumió por efecto del artículo 24 del C.S.T. y, por lo tanto, no configurado el contrato de trabajo que alega el promotor del litigio.

Y en cuanto al otorgamiento de poder dado al actor para actuar ante la Superintendencia de Servicios Públicos por parte del representante legal del condominio como propietario inicial, FERNANDO CASTAÑEDA, ello era necesario de conformidad con el parágrafo del artículo 32 de la Ley 675 de 2001, puesto que él no fungía como representante legal sino como administrador delegado, lo que en ninguna medida infiere la existencia de un contrato de trabajo.

Tampoco es válido descalificar la versión entregada por los testigos frente a quienes se les formula tacha, pues conforme a lo reglado por el Código Adjetivo General aplicable en esta materia laboral, solo se examinan con mayor rigurosidad, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

Por lo ampliamente expuesto, para esta Sala de Decisión ningún reproche merece la valoración probatoria realizada por la operadora judicial de primer grado y por lo mismo, la decisión absolutoria que sobre ella recae tal acusación será confirmada, al igual que la excepción de inexistencia de la relación laboral formulada por pasiva.

Por último, frente a la prueba de los libros de minutas, que señala el recurrente no fue decretada, se aclara al profesional del derecho que ello ocurrió de oficio en la audiencia realizada el 3 de marzo de 2020, en razón del cumplimiento a lo dispuesto por esta Colegiatura respecto de tener por contestada la demanda de G.C. INGENIEROS S.A.S., lo que condujo a una nueva audiencia de que trata el artículo 77 del C. de P. L. y la S. S., quedando en firme las pruebas decretadas en la audiencia de 10 de julio de 2019, por lo que la nulidad invocada tampoco tiene vocación

de prosperidad, cuando además dejó pasar la oportunidad procesal para invocarla. Y frente a la certificación laboral expedida por la Universidad REMINTONG, la cual estaba en su poder y no fue allegada al proceso en la oportunidad procesal pertinente, no es posible subsanarla con la presentación del recurso de apelación.

Conforme se desata la alzada, las costas en esta instancia se impondrán a cargo de la parte demandante teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-1055 de 2016 y fijando como agencias en derecho, para cada una de las demandadas, el equivalente a un (1) s.m.l.m.v.; esto es, la suma de \$908.526, que serán liquidadas por el juzgado de procedencia como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 10 de marzo de 2020, objeto de apelación por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en costas procesales en favor de C.G. INGENIEROS S.A.S. y BALCONES DE SAN JUAN PROPIEDAD HORIZONTAL y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (1) s.m.m.l.v.; esto es, la suma de \$908.526 para cada una de ellas, la cual será liquidada por el juzgado procedencia como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
(en descanso compensatorio)

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL

HOY 02 DE NOVIEMBRE DE 2021

**NOTIFICO LA DECISIÓN ANTERIOR POR ESTADOS
ELECTRONICOS**



IVONNE GÓMEZ MUÑOZ
SECRETARIA

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. 520013105002-2018-00348-01 (200)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados JUAN CARLOS MUÑOZ quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por LUIS EUGENIO RUIZ VIVEROS contra PROTECCIÓN S.A., acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

LUIS EUGENIO RUIZ VIVEROS, a través de apoderada judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de PROTECCIÓN S.A., para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material condene a la demandada a reconocerle la devolución de saldos de su cuenta individual producto de las semanas cotizadas que ascienden a \$29.923.889, junto con los intereses, la indexación y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que CAJANAL mediante Resolución No 0571 del 18 de febrero de 2008, le reconoció una pensión de vejez a partir del 2 de abril de 2006 en cuantía de \$799.762, por haber laborado para las entidades descritas en el hecho segundo de la demanda. Que realizó aportes a PROTECCIÓN S.A. hasta el año 2009; no obstante, los mismos no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez reconocida por CAJANAL. Que el 18 de enero la demandada le informó que cuenta con 360 semanas cotizadas y que valor del saldo de su cuenta es de \$29.923.889. Que la demandada le ha negado en varias oportunidades la devolución de saldos vulnerando sus derechos fundamentales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 24 de septiembre de 2018 (Fl. 34) y ordenó la notificación de la demandada, actuación que se surtió en legal forma.

Trabada la litis, la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que no es posible la devolución de saldos dado que la situación pensional del demandante se definió mediante el reconocimiento de una pensión por CAJANAL, cuando estaba vigente el sistema de seguridad social en pensiones, y el actor se encontraba aportando al RAIS de manera indebida dado que ya tenía reconocida una pensión. En su defensa propuso como excepción previa la de “NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS” y como de fondo las de “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, y la “INOMINADA” (Fls.38-47).

El juzgado de conocimiento mediante auto calendado 12 de diciembre de 2018, ordenó integrar a la UGPP a la Litis (Fl. 73), entidad que contestó la demanda a través de apoderado judicial, en el sentido de solicitar se exonere de toda responsabilidad. En cuanto al derecho reclamado por el actor indicó que PROTECCIÓN S.A. debe hacer la devolución de saldos como quiera que la UGPP, ya le reconoció una pensión de vejez antes de la vinculación del demandante con el fondo privado. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fls. 159-163).

Por su parte la Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, intervino en el sentido de manifestar que es totalmente viable la devolución de saldos por parte PROTECCIÓN S.A., en tanto la pensión de vejez reconocida por CAJANAL, no fue financiada con cotizaciones efectuadas por el demandante al RAIS. (Fls. 171-173).

El Juzgado de primera instancia, convocó a la audiencia prevista en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal que tuvo lugar el 31 de agosto de 2020, declarándose como fracasada la audiencia de conciliación por falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas señalándose fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 193-194).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), el 13 de noviembre de 2020, llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que se recepcionaron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, absolvió a la UGPP de las pretensiones de la demanda y condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver y/o a pagar al actor la cifra de \$29.923.889, que comprenderá los rendimientos y actualización desde aquella data hasta cuando efectivamente se pague la cifra en las condiciones señaladas,

advirtiendo que por lo mismo, no habrá lugar a ordenar el pago de interés alguno porque cuando se dispone por ley la actualización y capitalización se están reconociendo intereses a la tasa del DTF pensional prevista en el artículo 10 del decreto 1299 de 1994, según lo establece el artículo 11 del decreto 1748 de 1995. Absolvió a PROTECCIÓN S.A. de los intereses moratorios y la condenó en costas. (Fls. 214-215).

RECURSO DE APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que la devolución de saldos no es procedente, en tanto no se dan los presupuestos legales para ello, ya que en el caso bajo estudio el actor es beneficiario de una pensión reconocida por la UGPP en el año 2006, por ello no es posible por la vía de la devolución de saldos acceder a un reconocimiento de una prestación de carácter pensional, es decir, la sustitutiva de pensión de vejez. Advirtió, que el dinero acumulado en la cuenta no hace parte del patrimonio del afiliado, pues el mismo está destinado para que en un momento determinado se pueda financiar la pensión a la que eventualmente el actor tenga derecho o refinanciarla. Finalmente, mostró inconformidad frente a la absolución de la UGPP, toda vez que en su criterio esa entidad está obligada a disponer de esos recursos. Finalmente, indicó que la entidad que representa no desconoce que los aportes fueron realizados por el trabajador, por ello deben tenerse en cuenta para una posible reliquidación ya que la pensión fue reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

PROTECCIÓN S.A., presentó alegatos haciendo alusión a un tema de ineficacia de traslado de régimen pensional, el cual en el presente asunto no se discute.

Por su parte, la UGPP, aseguró que no deben prosperar las pretensiones de devolución de saldos y/o reconocimiento de semanas cotizadas ni ninguna otra prestación en contra de la UGPP, por ello se debe confirmar la sentencia de primera instancia que le ordenó a PROTECCIÓN S.A. la devolución de saldos, ya que en el reconocimiento pensional que efectuó la UGPP no se tuvieron en cuenta los aportes efectuados por el demandante ante esa entidad.

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

CONSIDERACIONES.

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura

enrostrados por el apelante al proveído impugnado, le corresponde a esta Sala de decisión definir si la devolución de saldos que reclama el actor, resulta compatible con la pensión de jubilación reconocida por Cajanal.

RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Sea lo primero señalar que en esta instancia se encuentran probados los siguientes aspectos: i) La Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución No 05701 del 18 de febrero de 2008, le reconoció al actor una pensión de jubilación a partir del 2 de abril de 2006, de conformidad con la Ley 33 de 1985 en cuantía de \$799.762.10, por haber laborado para el Municipio de Arboleda y para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte entre el 11 de agosto de 1972 y el 30 de junio de 1995 (Fls. 14-16) ii) Que el actor se afilió a PROTECCIÓN S.A., entidad a la que realizó aportes de manera independiente y a través de diferentes empleadores desde noviembre de 1996 hasta el 2009, contando según reporte de semanas expedido por esa entidad con 360 semanas y un saldo a la fecha de generación -18 de enero de 2018- de \$29.923.889 (Fls.26-28) iii) Que la UGPP mediante Resolución RDP 008067 del 7 de marzo de 2014, negó la reliquidación pensional solicitada por el demandante teniendo en cuenta los aportes realizados PROTECCIÓN S.A., al considerar que “teniendo en cuenta que el peticionario no continuó realizando cotizaciones al Régimen Solidario con Prestación Definida, lo correcto al caso es que requiera al fondo con el fin de solicitar la devolución de saldos” (Fls. 19-20 Exp. Activo). iv) PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 28 de mayo de 2013, negó la devolución de saldos, en tanto, según instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, los aportes realizados en su cuenta de ahorro individual deberán trasladarse a Cajanal, toda vez que al demandante le fue reconocida una pensión por esa entidad, luego no puede otorgársele una prestación propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fls. 19-20).

Ahora bien, solicita el demandante la devolución de saldos por parte de PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, petición a la que se opone el recurrente por cuanto el demandante ya goza de una pensión a cargo de la UGPP.

EFFECTIVIDAD DE LA AFILIACIÓN

Para resolver si el demandante tiene derecho a la devolución de saldos por parte de PROTECCIÓN S.A., resulta pertinente primigeniamente estudiar lo relacionado con la afiliación a las administradoras del sistema integral de seguridad social, que corresponde al momento a partir del cual el afiliado queda dentro de la cobertura de la entidad de seguridad social seleccionada, pues así lo establece el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 que señala:

“Artículo 41. Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes”

Por su parte el artículo 42 de la misma disposición señala que:

“Artículo 42. Traslado entre entidades administradoras. El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema.

En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad”.

Así las cosas, podemos concluir que la efectividad de la afiliación se produce al día siguiente en que se suscriba el formulario de afiliación, o en tratándose de traslado de régimen se materializa el primer día calendario del segundo mes siguiente a la solicitud.

Lo anterior para denotar que en el caso que nos ocupa resulta claro que el demandante se afilió al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. el 5 de noviembre de 1996, como se lee del formulario visible a folio 48, administradora en la que realizó aportes desde 1996 consolidando un total de 360 semanas.

En ese orden de ideas, dado que los aportes efectuados por el demandante a PROTECCIÓN S.A. a partir de 1996, lo fueron en calidad de trabajador independiente y dependiente en el sector privado y que esas cotizaciones no tuvieron incidencia alguna para el reconocimiento de la asignación pensional a cargo de CAJANAL, contrario a lo manifestado por la parte demandada, es posible estudiar si al demandante le asiste el derecho a la devolución de saldos prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que no existe prohibición legal para que dicha prestación a cargo del Sistema no se cause en su favor, y su pago no desconoce el artículo 128 de la C.N.

DE LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS

La devolución de saldos se encuentra prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 disposición que prevé que “Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.»

En ese orden de ideas, la devolución de saldos se reconocerá cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el solicitante haya cumplido la edad requerida para la pensión de vejez que para el caso lo es 62 años.
2. Que no haya completado el capital mínimo para pensionarse

3. Que no haya cotizado 1.150 semanas para alcanzar a una pensión mínima según lo dispone el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.
4. Comunique la imposibilidad de seguir cotizando

En el caso bajo estudio, los anteriores requisitos se encuentran satisfechos, puesto que el actor cumplió 62 años el 2º de abril de 2013 al haber nacido según la Resolución visible a folio 15 el 2 de abril de 1951, Así mismo, de la información laboral del demandante expedida por PROTECCIÓN S.A. (fl.26), se tiene que cotizó un total de 360 semanas y posee un saldo en su cuenta individual de \$29.923.889, y del oficio de fecha 28 de mayo de 2013 expedido por PROTECCIÓN S.A. se evidencia que el 25 de abril de 2013, el demandante solicitó la devolución de saldos, de lo que se infiere la manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando al sistema al haber solicitado dicha prestación (Fl. 19).

Así las cosas, concluye la Sala que el demandante reúne los requisitos para acceder a la devolución de saldos deprecada, ya que no completó el capital mínimo para pensionarse y tampoco cotizó 1.150 semanas para alcanzar la pensión mínima, pues se insiste la pensión a cargo de la extinta CAJANAL no tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas por el actor a PROTECCIÓN S.A., luego entonces al no reunir los requisitos para adquirir una pensión bajo ese régimen, es posible la devolución de saldos, en el monto y forma en que lo ordenó el Juez A Quo, aspecto que no fue objeto de reparo por el recurrente, sin que le asista razón al apelante respecto del reproche que hace frente a la absolución a la UGPP, en tanto, reitera la Sala CAJANAL reconoció una pensión de jubilación a su cargo y la primera de las entidades referidas negó la solicitud de reliquidación elevada por el actor, acto administrativo que se encuentra en firme, por ello esa entidad no puede disponer de los dineros como lo asegura el apoderado de PROTECCIÓN S.A. a quien le corresponde hacer la devolución de saldos respectiva.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto resulta procedente confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 13 de noviembre de 2021.

COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a la demandada PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante LUIS EUGENIO RUIZ VIVEROS. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el monto de (1) salario mínimo legal mensual vigente \$908.526, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 13 de noviembre de 2020, objeto de apelación por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada PROTECCIÓN S.A. como parte vencida en juicio a favor del demandante LUIS EUGENIO RUIZ VIVEROS. En consecuencia, las agencias en derechos se fijan para cada una de las instancias en la suma total de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$908.526 conforme se explicó.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No 423

Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

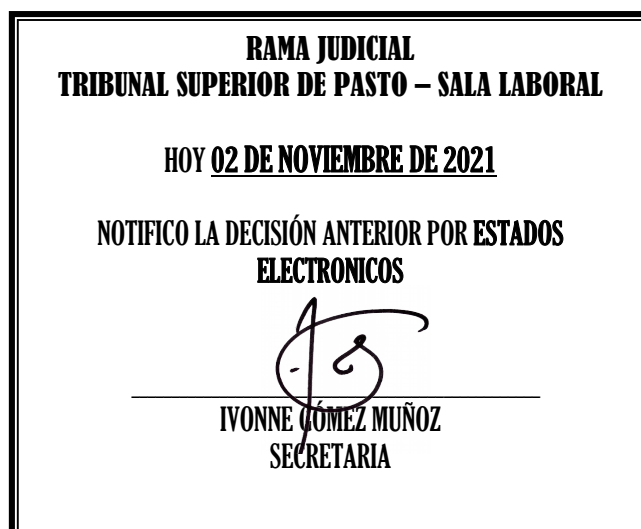


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en descanso compensatorio)



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



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- 2019-00003-01 (238)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados JUAN CARLOS MUÑOZ quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por AURA MARINA NARVÁEZ DE JURADO contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - PAR ISS- representado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

AURA MARINA NARVÁEZ DE JURADO, a través de apoderada judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - PAR ISS-, representado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material condene a la demandada a pagar el valor que mediante cálculo actuarial establezca la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, adeudado por concepto de las cotizaciones dejadas de realizar al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, con los respectivos intereses de mora, en los periodos correspondientes a la vigencia del vínculo laboral existente entre el I.S.S. y la actora, esto es, entre el 15 de diciembre de 1995 al 30 de junio de 2003, teniendo en cuenta los salarios que realmente devengaba como trabajadora, por los periodos en los que no realizó cotización alguna, así como también por los que simuló cotizar como trabajadora independiente y realizó cotizaciones por debajo del salario que realmente devengaba.

Consecuencialmente, solicitó se ordene a la demandada gestionar la corrección de la historia laboral para que sea el I.S.S. hoy liquidado quien figure como empleador cotizante en el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 1995 y el 30 de junio de 2003 y se condene a la entidad demandada a reconocerle los perjuicios materiales y morales, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 4 de marzo de 1937. Que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia proferida el 18 de noviembre de 2005, declaró la existencia de un contrato ficto de trabajo entre la demandante y el I.S.S. entre el 20 de noviembre de 1996 y el 30 de junio de 2003; no obstante, en la parte motiva de esa providencia el Juez determinó que se encontraba probado que la relación laboral inició el 15 de diciembre de 1995. Que la anterior providencia no fue objeto de apelación ni de consulta. Que la demandante realizó pagos al Sistema de Seguridad Social Integral como independiente entre el 15 de diciembre de 1995 y el 30 de junio de 2003, como se describe en el hecho 7º de la demanda y no se efectuaron cotizaciones en los periodos anotados en el hecho 8º. Que el I.S.S. hoy liquidado y subrogado en sus obligaciones patronales por el PAR ISS adeuda a Colpensiones y a nombre de la demandante el cálculo de reserva actuarial necesario para financiar su pensión en los periodos en que cotizó como independiente y en los que no se realizó cotización alguna, esto es, del 15 de diciembre de 1995 y el 30 de junio de 2003, teniendo en cuenta los salarios reales por ella percibidos en contraprestación de sus servicios relacionados en el hecho 14 de la demanda. Que la demandante sufre perjuicios morales ocasionados con la falta de reconocimiento de sus derechos pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 4 de febrero de 2019 (Fl. 179), y ordenó la notificación de la demandada, del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, auto que fue corregido mediante providencia del 27 de febrero del mismo mes y año (Fl. 241).

Trabada la litis, la demandada FIDUAGRARIA S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones previas de “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”. Como excepciones de fondo las de “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS”, “PAGO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “COMPENSACIÓN”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “DOBLE PAGO POR EL MISMO CONCEPTO”, “MALA FE DE LA DEMANDANTE” y la “GENERICA” (Fls 243-260).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el asunto en el sentido de manifestar que al I.S.S. le corresponde cancelar el valor a su cargo como empleador de los periodos no cotizados por la afiliada, así como la diferencia del IBC de aquellos que figuran pagados en la historia laboral, de acuerdo con el valor del salario establecido judicialmente (Fls. 352-354).

El Juzgado de primera instancia, convocó a la audiencia prevista en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal que tuvo lugar el 20 de noviembre de 2019, declarándose como fracasada la audiencia de conciliación ante la falta ánimo conciliatorio de la demandada, declaró no probadas las excepciones previas formuladas por la demandada, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas y se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 356-357)

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 28 de mayo de 2021 llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que se recibieron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, condenó al I.S.S hoy liquidado en su calidad de empleador hoy SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. como vocera del PAR ISS., en liquidación, a pagar y transferir a COLPENSIONES los correspondientes aportes al SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, por los periodos que allí se anotan. Ordenó a COLPENSIONES corregir la historia laboral de la demandante en el sentido de incluir los periodos ordenados, como tiempo efectivamente laborado a favor del I.S.S., e igualmente solicitó a FIDUAGRARIA S.A. realice el trámite ante COLPENSIONES para que corrija que durante el tiempo que se declara la relación laboral, esto es, del 20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003; el empleador era el ISS. Declaró probada parcialmente la excepción de fondo propuesta por FIDUAGRARIA S.A. denominada DOBLE PAGO POR EL MISMO CONCEPTO, respecto de los periodos comprendidos entre el 20 de noviembre de 1996 y el 30 de junio de 2003, excepto los que se han reconocido como periodos omitidos de pago, y no probadas las demás excepciones. Condenó en costas a la demandada (450-453).

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, al considerar que se debe incluir como periodo a cotizar el mes de junio de 2001 con un ingreso base de cotización de \$779.000. Así mismo, solicitó se ordene a la demandada corrija el IBC de los periodos que la demandante cotizó como independiente sobre un salario inferior al que realmente percibió, para el efecto debe tenerse en cuenta el definido en el proceso tramitado ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, según los contratos de prestación de servicios aportados; aspecto que advierte no implica un doble pago, pues si bien en el proceso referido se ordenó la devolución de aportes efectuado por la parte actora, esta se hizo sobre los aportes que la demandante realizó y no sobre el IBC que en la realidad debía reportarse.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses del PAR. ISS LIQUIDADO administrado por la FIDUAGRARIA, esta Corporación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S.S, admitió el grado jurisdiccional de consulta en su favor, así como el recurso de apelación formulado por la demandante, y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se sintetizan así:

La apoderada de la FIDUGRARIA S.A., manifestó que esa entidad actúa únicamente como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en liquidación, por ende, resulta imposible atribuir o extender obligaciones adicionales a las contenidas en el contrato de fiducia mercantil que le dio origen, resaltando que el fideicomiso que esta administra, ostentan la calidad de cesionarios o subrogatarios del extinto Instituto de Seguros Sociales, advirtiendo que las obligaciones remanentes en materia pensional discutidas en el presente asunto, debe ser asumidas por la U.G.P.P., tal y como lo sostuvo esta Corporación en sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, dentro del proceso instaurado por la Sra. GLORIA ISABEL RODRIGUEZ ALAVA. Así mismo, insistió en que debe declararse probada la excepción de cosa juzgada, puesto que las pretensiones del presente asunto son similares a las que generaron las condenas dentro del proceso ordinario formulado por la demandante con radicado 2005-00019, por lo que de acceder a las pretensiones reclamadas en este asunto generaría una doble condena a una misma persona y por un mismo concepto.

Finalmente, expuso que de accederse a las pretensiones de la demanda, deberá ajustarse la sentencia estipulando que el cálculo actuarial debe hacerse conforme al 75% que debió sufragar el ISS liquidado como empleador y para proceder al reembolso de dinero, éste se aplicará conforme al valor que resulte de la fijación del cálculo, sobre el 25% que le correspondía a la trabajadora, argumento que apoya en sentencias SL 2885 de 2019 y SL 146 de 2021, destacando además que debe verificarse el valor de los honorarios realmente devengados por la actora según lo concluyó el juzgado que tramitó el proceso 2005-00019. Finalmente, expuso que debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES, reconoció en favor de la actora una indemnización sustituida de pensión vejez, prestación que es incompatible y excluyente con la pretensión de reconocimiento de cálculo actuarial o similares. Por todo lo anterior, solicitó se absuelva a su representada.

Por su parte, el delegado del Ministerio Público, intervino en el asunto en el sentido de solicitar se adicione la sentencia de primera instancia para incluir el ciclo de junio de 2001 y el reajuste del valor cotizado para los ciclos 2001 a 2003, teniendo en cuenta los salarios definidos en el proceso 2005-00019, obligaciones que debe asumir la entidad demandada y no la UGPP, pues advirtió que sobre esa última entidad solo recaen obligaciones de carácter pensional que tenía a cargo el ISS empleador, las cuales son pagadas por el FOPEP.

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

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la FIDUAGRARIA S.A., así como el recurso de apelación que interpuso la parte actora le corresponde a esta Sala de Decisión determinar i) si en el caso bajo estudio se encuentra ajustada a derecho la condena impuesta a cargo del PAR ISS, frente al reconocimiento y pago del cálculo actuarial respecto de las cotizaciones no efectuadas por el empleador, y si es procedente adicionar el mes de junio de 2001 reclamado por la parte actora ii) establecer si resulta acertado ordenar a la entidad demandada asumir la diferencia entre lo que debía cotizarse con base en el salario realmente devengado por la actora y lo que efectivamente esta última cotizó y iii) definir si las condenas las debe asumir la entidad demandada o la UGPP.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Con miras a resolver los anteriores planteamientos, debe advertir la Sala que en esta instancia no es objeto de controversia que dentro del proceso ordinario laboral con radicación 2005 – 00019, adelantado ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto por la Sra. AURA MARINA NARVAEZ DE JURADO en contra del I.S.S., en su calidad de empleador, se definió la existencia de un contrato de trabajo bajo los extremos temporales 20 de noviembre de 1996 hasta el 30 de junio de 2003, igualmente, de lo resuelto en dicho proceso, el cual hace tránsito a cosa juzgada, el Despacho tomó como salario para establecer las condenas que impuso al menos para el año 2001 la suma de \$779.000; 2002 \$825.740 y 2003 \$825.740 (Fl. 236 Cdo Proceso 2005-00019), sobre los cuales no existe discusión. Respecto de los años 1996 a 2000 la Sala se remitirá a los contratos de trabajo aportados en el proceso referido visibles a folios 39 a 139 así como la certificación de folios 200 a 201, por ende, éstos servirán de base para revisar las condenas, en caso de prosperar las pretensiones incoadas por la actora.

Definido lo anterior, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

APORTES DEJADOS DE CANCELAR POR EL EMPLEADOR A FAVOR DE LA TRABAJADORA AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN Y REAJUSTE POR SUBCOTIZACIÓN

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

Ahora bien descendiendo al caso bajo estudio, la Sala encuentra que al haberse acreditado que el I.S.S. en su calidad de empleador no asumió la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social en pensión a favor de la demandante, en el lapso en que se configuró el contrato ficto de trabajo, debe cancelar a COLPENSIONES el respectivo cálculo actuarial que esa entidad realice

para que se reconozca el tiempo de servicio prestado como cotizado -ver sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015- , por los periodos que se relacionan a continuación según se extrae de la historia laboral visible a folios 63 a 68 y teniendo en cuenta como IBC los salarios devengados por la demandante, que como se dijo anteriormente fue definido por el Juez que conoció del proceso primigenio instaurado contra el ISS para los años 2001 a 2003 y en los restantes se tomarán los que se desprenden de los contratos de trabajo aportados en el proceso referido visibles a folios 39 a 139 y la certificación del folio 200 a 2001 del expediente 2005-00019, periodos y salarios que coinciden con los definidos por la Juez A Quo, siendo del caso adicionar como lo solicita la recurrente el mes de junio de 2001, así:

DESDE	HASTA	IBC/SALARIO MENSUAL
20-11-1996	30-3-1997	\$474.000
1-4-1997	30-9-1997	\$579.000
1-5-1999	31-5-1999	\$779.000
1-6-2001	31-7-2001	\$779.000
1-11-2001	30-11-2001	\$779.000

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia en lo pertinente.

Conviene advertir que, sería del caso ordenar la cotización de 24 días por el mes de octubre de 1997, pues según la historia laboral aportada solo fueron cotizados 6 días por la demandante; no obstante, teniendo en cuenta que la parte actora no mostró inconformidad al respecto, no se adicionará, pues el grado jurisdiccional de consulta se suerte en favor de la entidad demandada.

En cuanto a los aportes efectuados al sistema de seguridad social en pensiones que realizó la actora de manera directa cuando estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios que fueron realizados sobre un I.B.C. inferior al salario que realmente devengaba, es de cargo del empleador realizar la corrección del I.B.C. ante COLPENSIONES, reajustándolo al que corresponde, esto es, teniendo en cuenta los salarios realmente devengados por la demandante, cancelando el porcentaje respectivo por concepto de la diferencia entre lo aportado y lo que debería aportar, con el interés moratorio respectivo, según el cálculo que realice esa entidad, para los periodos que se relacionan a continuación, ya que contrario a lo sostenido por la Juez A Quo, ello no comporta un doble pago, pues en el proceso que cursó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito se ordenó la devolución del porcentaje de cotización que la demandante efectuó a su cargo, por ello, se modificará la sentencia en lo pertinente.

DESDE	HASTA	DÍAS LABORADOS	SALARIO O IBC	IBC REPORTADO	DIFERENCIA A REAJUSTAR POR SUBCOTIZACION
24/10/1997	31/10/1997	6	\$ 115.800,00	\$ 30.960,00	\$ 84.840,00
1/11/1997	30/11/1997	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/12/1997	31/12/1997	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/01/1998	31/01/1998	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/02/1998	28/02/1998	30	\$ 579.000,00	\$ 204.000,00	\$ 375.000,00

1/03/1998	31/03/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/04/1998	30/04/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/05/1998	31/05/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/06/1998	30/06/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/07/1998	31/07/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/08/1998	30/08/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/9/1998/	30/09/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/10/1998	31/10/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/11/1998	30/11/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/12/1998	31/12/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/01/1999	31/01/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/02/1999	28/02/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 273.000,00	\$ 404.000,00
1/03/1999	31/03/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 236.000,00	\$ 441.000,00
1/04/1999	30/04/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/06/1999	30/06/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/07/1999	31/07/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 242.000,00	\$ 537.000,00
1/08/1999	31/08/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/09/1999	30/09/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/10/1999	31/10/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/11/1999	30/11/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/12/1999	31/12/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/01/2000	31/01/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/02/2000	28/02/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/03/2000	31/03/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/04/2000	30/04/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/05/2000	31/05/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/06/2000	30/06/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/07/2000	31/07/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/08/2000	31/08/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/09/2000	30/09/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/10/2000	31/10/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 263.000,00	\$ 516.000,00
1/11/2000	30/11/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/12/2000	31/12/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/01/2001	31/01/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/02/2001	28/01/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/03/2001	31/03/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/04/2001	30/04/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/05/2001	31/05/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/08/2001	31/08/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 293.000,00	\$ 486.000,00
1/09/2001	30/09/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/10/2001	31/10/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/12/2001	31/12/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 285.926,00	\$ 493.074,00
1/01/2002	31/01/2002	30	\$ 779.000,00	\$ 285.926,00	\$ 493.074,00
1/02/2002	28/02/2002	30	\$ 779.000,00	\$ 308.889,00	\$ 470.111,00
1/03/2002	31/03/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/04/2002	30/04/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/05/2002	31/05/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/06/2002	30/06/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/07/2002	31/07/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/08/2002	31/08/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/09/2002	30/09/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 309.000,00	\$ 516.740,00
1/10/2002	31/10/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/11/2002	30/11/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/12/2002	31/12/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00

1/01/2003	31/01/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/02/2003	28/02/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/03/2003	30/03/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/04/2003	30/04/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/05/2003	31/05/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/06/2003	30/06/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00

Conviene advertir que, no le asiste razón a la apoderada de la FIDUAGRARIA S.A. cuando aduce en sus alegatos que la obligación del reconocimiento de los aportes pensionales, bajo cualquier modalidad responde al cubrimiento del 75% del valor total que por concepto de aporte se haya generado y se encuentre omiso de cumplir por parte del empleador o quien deba asumir el pago de tales obligaciones, ya que como se dijo anteriormente, cuando el empleador no asume la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social en pensión a favor de la demandante, debe cancelar a respectivo cálculo actuarial a la entidad pensional a la que se encuentre afiliado, y cuando ello ocurre con una cotización inferior debe asumir la diferencia respectiva, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, es de resaltar que en el presente asunto no nos encontramos en un caso de devolución de aportes, pues ese aspecto insiste la Sala fue definido en el proceso primigenio instaurado por la actora, con lo cual se descarta la configuración de la cosa juzgada como se estudiará más adelante.

ENTIDAD ENCARGADA DE ASUMIR LAS CONDENAS IMPUESTAS

Sostiene la apoderada de la entidad demandada, en los alegatos de conclusión, que la llamada a responder por las condenas impartidas en este proceso es la U.G.P.P.

Para resolver lo pertinente basta con remitirnos a la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2736 -2019, en el que en un caso similar al estudiado, concluyó que es la FIDUAGRARIA S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en liquidación, quien debe pagar y transferir los aportes a pensión a COLPENSIONES por el tiempo en el que se extendió la relación laboral, pues recordó que a través del Decreto 553 de 2015, se adoptaron las medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales ISS en Liquidación y se dictaron otras disposiciones, en cuyo artículo 6º se ordenó la constitución de un patrimonio autónomo a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes del proceso de liquidación, concluyendo lo siguiente:

“Así las cosas, el ISS (empleador), hoy sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en liquidación, debe pagar los aportes a pensión que le correspondían”.

De conformidad con lo anterior, no le asiste razón a la apoderada de la entidad demandada, razón por la cual se mantendrá la decisión de la primera instancia que condenó a la demandada a reconocer las condenas impartidas en este asunto, ya que las mismas se derivan de obligaciones remanentes de carácter laboral como consecuencia de la existencia de un contrato de trabajo y no de derechos pensionales, por lo tanto, deben ser asumidas por la entidad demandada, como esta sala de decisión lo definió en el proceso No 523563105001-2019-0005703 adelantado por

GLORIA MARILIN SOLA CAIZA contra el PAR ISS, con ponencia de la Magistrada Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ.

Finalmente, es de anotar que si bien COLPENSIONES le reconoció una indemnización sustitutiva a la actora como se informa a folios 368 a 369 del expediente, ello no es óbice para que la demandante reclame el pago de los aportes pensionales que su empleador no realizó durante el tiempo en que laboró, lapsos que dicho sea de paso fueron declarados en una sentencia judicial en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas y que eventualmente pueden sumar para consolidar un derecho pensional en favor de la actora, caso en el cual en nada afecta el citado reconocimiento, pues así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, entre ellos en sentencias SL1416 y 3784 de 2019, siendo en todo caso de anotar que si se le llegara a reconocer una pensión de vejez el valor de la indemnización sustitutiva deberá descontarse.

EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal la parte demandada FIDUAGRARIA S.A. propuso como excepciones de fondo las “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS”, “PAGO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “COMPENSACIÓN”, “BUENA FE”, “DOBLE PAGO POR EL MISMO CONCEPTO” y “MALA FE DE LA DEMANDANTE” y, en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia del derecho reclamado por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de Prescripción la misma se declarará no probada por cuanto los aportes en pensiones, así como su reajuste por subcotización constituyen derechos que no se encuentra cobijados por esa figura.

Finalmente, en cuanto a la excepción de cosa juzgada que la apoderada de la entidad demandada asegura en sus alegatos se configuró, la misma no se encuentra probada, en tanto, no se dan los presupuestos exigidos por el artículo 302 del C.G.P., como quiera que no existe identidad de objeto ni de causa, nótese que el proceso instaurado por la demandante bajo el radicado 2005-00019, tuvo por objeto la declaratoria de una relación laboral con el extinto ISS y en lo que interesa al asunto se solicitó la devolución de los aportes que realizó la demandante en salud y pensión, peticiones que fundamentó en hechos relacionados con la existencia de un contrato de trabajo, mientras que en el asunto que ocupa la atención de la Sala la actora busca el pago de los aportes en pensiones que el empleador omitió realizar en su favor, así como el reajuste por subcotización, aspectos que no fueron objeto de estudio en el proceso primigenio y que no puede entender la apoderada de la demandada se encuentran inmersas en la petición que realizó el poderdante de la actora en el proceso 2005-000149, referente a que se declare “Cualquier otra prestación económica de seguridad social que resulte probada en el proceso y que se derive de la relación contractual”, pues insiste la Sala las pretensiones que hoy se debaten no fueron objeto de estudio por parte de Juez de conocimiento, lo que hace que no se configure la cosa juzgada.

En conclusión, se declararán no probadas las excepciones formuladas por la convocada a juicio debiéndose modificar la sentencia en lo pertinente.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto se modificarán los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, proferida el 28 de mayo de 2021, por las razones expuestas.

En cuanto al numeral segundo de la sentencia apelada igualmente se modificará, por cuanto no resulta procedente que la Juez A Quo imparta una orden en contra de COLPENSIONES, entidad que no fue vinculada al proceso, de lo contrario se rompería el principio de congruencia previsto en artículo 281 del C.G.P. En su lugar, se facultará tanto a la parte demandante como a la demandada para que una vez quede ejecutoriado este fallo, soliciten ante COLPENSIONES realizar los cálculos respectivos, de conformidad con lo ordenado en esta sentencia, para que una vez concretada dicha suma de dinero sea pagada por la FIDUAGRARIA, quien además deberá realizar los trámites respectivos para que se corrija la historia laboral de la demandante, en tanto, en el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003, es el extinto ISS, quien debe figurar como empleador.

COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante AURA MARINA NARVÁEZ DE JURADO y en contra de la entidad demandada. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma total de \$1.817.052, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 28 de mayo de 2021, objeto de apelación por activa y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedaran así:

“PRIMERO CONDENAR al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy liquidado, en su calidad de empleador, hoy SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., FIDUAGRARIA S.A., como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS

SEGUROS SOCIALES – PAR ISS en liquidación, a pagar y trasferir a COLPENSIONES, los correspondientes aportes al SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES, a favor de la demandante señora AURA MARINA NARVAEZ DE JURADO, identificada con cédula de ciudadanía número 27.051.416, de conformidad con el CÁLCULO ACTUARIAL que para el efecto realice la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a solicitud de la parte demandante o demandada, por los siguientes periodos omitidos:

DESDE	HASTA	IBC/SALARIO
20-11-1996	30-3-1997	\$474.000
1-4-1997	30-9-1997	\$579.000
1-5-1999	31-5-1999	\$779.000
1-6-2001	31-7-2001	\$779.000
1-11-2001	30-11-2001	\$779.000

De igual forma se CONDENARÁ al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy liquidado, en su calidad de empleador, hoy SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., FIDUAGRARIA S.A., como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – PAR ISS en liquidación, a pagar y transferir a favor de la demandante señora AURA MARINA NARVAEZ DE JURADO, identificada con cédula de ciudadanía número 27.051.416, lo correspondiente por concepto de subcotización ante COLPENSIONES, reajustando el IBC al que corresponde, esto es, teniendo en cuenta los salarios realmente devengados por la demandante cancelando el porcentaje respectivo por concepto de la diferencia entre lo aportado y lo realmente a aportar, con el interés moratorio, según el cálculo que realice COLPENSIONES para los periodos que se relacionan a continuación:

DESDE	HASTA	DÍAS LABORADOS	SALARIO O IBC	IBC REPORTADO	DIFERENCIA A REAJUSTAR POR SUBCOTIZACION
24/10/1997	31/10/1997	6	\$ 115.800,00	\$ 30.960,00	\$ 84.840,00
1/11/1997	30/11/1997	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/12/1997	31/12/1997	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/01/1998	31/01/1998	30	\$ 579.000,00	\$ 172.005,00	\$ 406.995,00
1/02/1998	28/02/1998	30	\$ 579.000,00	\$ 204.000,00	\$ 375.000,00
1/03/1998	31/03/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/04/1998	30/04/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/05/1998	31/05/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/06/1998	30/06/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/07/1998	31/07/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/08/1998	30/08/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/9/1998/	30/09/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/10/1998	31/10/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/11/1998	30/11/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/12/1998	31/12/1998	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/01/1999	31/01/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 204.000,00	\$ 473.000,00
1/02/1999	28/02/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 273.000,00	\$ 404.000,00
1/03/1999	31/03/1999	30	\$ 677.000,00	\$ 236.000,00	\$ 441.000,00
1/04/1999	30/04/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/06/1999	30/06/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/07/1999	31/07/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 242.000,00	\$ 537.000,00
1/08/1999	31/08/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00

1/09/1999	30/09/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/10/1999	31/10/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/11/1999	30/11/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/12/1999	31/12/1999	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/01/2000	31/01/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 236.000,00	\$ 543.000,00
1/02/2000	28/02/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/03/2000	31/03/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/04/2000	30/04/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/05/2000	31/05/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/06/2000	30/06/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/07/2000	31/07/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/08/2000	31/08/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/09/2000	30/09/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/10/2000	31/10/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 263.000,00	\$ 516.000,00
1/11/2000	30/11/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/12/2000	31/12/2000	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/01/2001	31/01/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 260.000,00	\$ 519.000,00
1/02/2001	28/01/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/03/2001	31/03/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/04/2001	30/04/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/05/2001	31/05/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/08/2001	31/08/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 293.000,00	\$ 486.000,00
1/09/2001	30/09/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/10/2001	31/10/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 286.000,00	\$ 493.000,00
1/12/2001	31/12/2001	30	\$ 779.000,00	\$ 285.926,00	\$ 493.074,00
1/01/2002	31/01/2002	30	\$ 779.000,00	\$ 285.926,00	\$ 493.074,00
1/02/2002	28/02/2002	30	\$ 779.000,00	\$ 308.889,00	\$ 470.111,00
1/03/2002	31/03/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/04/2002	30/04/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/05/2002	31/05/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/06/2002	30/06/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/07/2002	31/07/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/08/2002	31/08/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/09/2002	30/09/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 309.000,00	\$ 516.740,00
1/10/2002	31/10/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/11/2002	30/11/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/12/2002	31/12/2002	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/01/2003	31/01/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 308.889,00	\$ 516.851,00
1/02/2003	28/02/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/03/2003	30/03/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/04/2003	30/04/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/05/2003	31/05/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00
1/06/2003	30/06/2003	30	\$ 825.740,00	\$ 331.852,00	\$ 493.888,00

“SEGUNDO: FACULTAR tanto a la parte demandante como demandada para que cuando quede ejecutoriado este fallo, soliciten ante COLPENSIONES se realice los cálculos respectivos de conformidad con lo ordenado en esta sentencia, y una vez concretada dicha suma de dinero, sea pagada por la FIDUAGRARIA, quien además deberá realizar los trámites respectivos para que se corrija la historia laboral de la demandante, en tanto, en el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003, debe figurar el ISS como empleador”.

“TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 28 de mayo de 2021 objeto del grado jurisdiccional de consulta y de apelación, conforme se expuso.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a favor de la parte demandante y en contra de la entidad demandada En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma total de \$1.817.052, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem 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 422

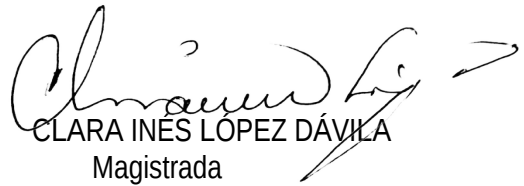
Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

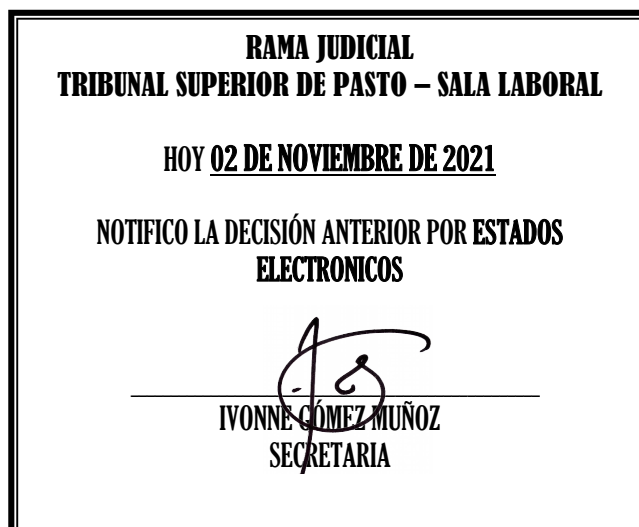
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en permiso compensatorio)


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



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. 5200123105002 -2019- 00005 -01 (290)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, JUAN CARLOS MUÑOZ, quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por GLORIA ALICIA RIVERA VALLEJO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

GLORIA ALICIA RIVERA VALLEJO, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación y afiliación al fondo privado de pensiones “ING” y luego a PORVENIR S.A. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, las cotizaciones, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó con todos sus frutos e intereses y la correspondiente indexación. Solicitó además se condene a todas aquellas prestaciones económicas del caso y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al I.S.S. desde el 6 de junio de 1990 hasta julio de 2000; desde agosto de ese mismo año a “ING” y a partir de julio de 2003 a PORVENIR S.A. Que los referidos fondos sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovieron su traslado al régimen de ahorro individual. Que PORVENIR S.A., mediante oficio del 29 de septiembre de 2017,

le informó que su posible mesada pensional sería de 1 S.M.L.M.V. Que solicitó antes las demandadas la nulidad de afiliación, petición que fue resuelta en forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 21 de enero de 2019 (fl 163), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

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” y la “INOMINADA” (Fls.185-228).

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN” “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fls. 286-293).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de solicitar se integre el contradictorio con ING PENSIONES Y CESANTÍAS, y realizó un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls. 173-176).

El juzgado de conocimiento mediante auto calendarado 5 de agosto de 2019 ordenó la integración de la Litis con PROTECCIÓN S.A., entidad que contestó la demanda en la forma como dan cuenta los folios 316 a 348.

El 9 de diciembre de 2020, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 358-359).

El juzgado de conocimiento el 11 de febrero de 2021, realizó la audiencia antes referida, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante ante PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los valores percibidos a nombre de GLORIA ALICIA RIVERA VALLEJO de notas civiles reseñadas, a título de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, debidamente indexados, e indicó que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A., resaltando que la transferencia económica se producirá dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esa decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Condenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., a devolver proporcionalmente a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones de la actora, durante el tiempo en que ella estuvo en los fondos privados debidamente indexado. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. (Fls. 360-362).

RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que no resulta procedente condenar a la primera de las entidades referidas a devolver los gastos de administración, ya que no tiene vínculo con la demandante, destacando que cuando ella se trasladó a PORVENIR S.A., transfirió todos sus ahorros y los rendimientos, por lo cual no resulta admisible condenarla a devolver sumas de dinero que no tiene, pues resalta que los gastos de administración se produjeron por la administración que realizó el fondo.

En cuanto a la demandada PORVENIR S.A., expuso que la carga dinámica de la prueba que se aplica en este tipo de casos genera una afectación al derecho de defensa de las A.F.P. Así mismo, indicó que el fallo resulta contradictorio ya que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo que constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante. Finalmente, se opuso a la condena en costas de ambas demandadas, por cuanto, aduce actuaron de buena fe y con apego a la ley, pues además sostiene resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de aceptar el retorno del actor al R.P.M., encuentra sustento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, que determinó la imposibilidad de traslado cuando al afiliado le falte menos de 10 años para acceder al derecho pensional, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del régimen. Así mismo, indicó que en el proceso no se encuentra acreditada la falta de información que la parte actora le atribuye a la AFP administradora del RAIS, pues resaltó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2810 de 2019 estableció que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones por tratarse de un contrato bilateral deriva la existencia de obligaciones recíprocas entre las administradoras de los fondos de pensiones y los consumidores financieros, de tal forma que el comportamiento del ciudadano denota el compromiso de éste de pertenecer al mismo, advirtiendo que en el caso bajo estudio la demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que demuestran el compromiso de pertenecer a ella. Finalmente, manifestó que autorizar el traslado de la demandante al R.P.M.D, implica prohiar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

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

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

cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S., y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y la revocatoria de la condena en costas.

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

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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

haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante inicialmente se trasladó en el año 2000 y PORVENIR S.A., a la que se trasladó en el año 2003, no cumplieron con el deber de información, pues contrario a lo que afirma la apoderada de dichos fondos, les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tales momentos, esto es, para los años 2000 y 2003, la actora recibió por parte de las demandadas independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado 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, por el contrario solamente se acreditó en el sub judice el suministro del formulario de traslado por parte de PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., entidades que se limitaron a aportar las solicitudes de Vinculación que datan del 12 de junio de 2000 y 14 de mayo de 2003 (fls. 349 y 229), material probatorio del cual no se puede concluir

que las demandadas cumplieron con las obligaciones que le competía tales como; ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Ahora bien, como se dijo anteriormente la demandada PORVENIR S.A. solo se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora; sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del formulario no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende no les asiste razón a los recurrentes, ya que PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A. cumplieron con su deber de información, aspecto que además les correspondía probar por carga dinámica de la prueba, como lo ha dicho nuestro órgano de cierre, por cuanto al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

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

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, declarándose la ineficacia del traslado que la demandante realizó ante PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. según el documento del folio 230 el 12 de junio de 2000 con efectividad a partir del 1º de agosto

de ese mismo año, así como el traslado realizado el 14 de mayo de 2003 a PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 de julio de ese mismo año, 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, por ende se adicionará el numeral primero de la sentencia.

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 el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por 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 cuenta global del RPM los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que se hubieren causado durante toda su permanencia en el RAIS, debidamente indexados, tal y como lo definió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los últimos precedentes jurisprudenciales, emolumentos que también deberá devolver PROTECCIÓN S.A., por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, como lo ordenó la primera instancia, decisión que favorece a COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta. Por lo anterior, se modificará el numeral segundo de la sentencia en el sentido de suprimir la indexación ordenada por el Juez A Quo de los conceptos allí referidos, ya que de conformidad con lo anterior la indexación únicamente procede respecto de los gastos de administración.

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 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

Solicita la apoderada de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., se revoque la condena en costas en razón a que sus representadas actuaron de buena fe y además resultan excesivas.

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

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

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepción de fondo las de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS”, 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 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.

Con relación a la excepción que declaró probaba el Juez A Quo referente a la “IMPOSIBILIDAD DE CONDENAS EN COSTAS”, se declarará probada únicamente respecto de las costas primera instancia.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero y modificar los numerales segundo y cuarto de la sentencia 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 PROTECCION S.A., 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 vigentes, esto es la suma total de \$1.817.052, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO y MODIFICAR LOS NUMERALES SEGUNDO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 11 de febrero de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

PRIMERO: “DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante GLORIA ALICIA RIVERA VALLEJO, 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 PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de junio de 2000 con efectividad a partir del 1º de agosto de ese mismo año, así como el traslado realizado a PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1º de julio de ese 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 los mismos”.

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como última entidad a la que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES los valores percibidos a nombre de GLORIA ALICIA RIVERA VALLEJO, de notas civiles reseñadas, a título de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, y en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. La transferencia económica se producirá a la ejecutoria de esta sentencia a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados”

“CUARTO: “DECLARAR probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” únicamente respecto de las costas de primera instancia y DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 11 de febrero de 2021, 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 las demandas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y 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 \$1.817.052 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.

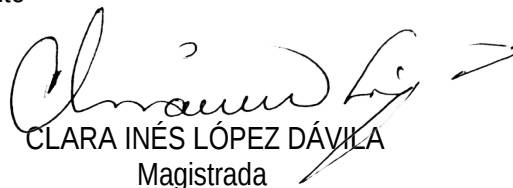
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No 424 Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en permiso compensatorio)


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL**

HOY 02 DE NOVIEMBRE DE 2021

**NOTIFICO LA DECISIÓN ANTERIOR POR ESTADOS
ELECTRONICOS**



**IVONNE GÓMEZ MUÑOZ
SECRETARIA**

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. 528353105001 -2019-00133 01 (242)

San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados JUAN CARLOS MUÑOZ quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por ANGEL SOFIO MONTAÑO CUERO contra la SOCIEDAD COMERCIAL CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA –COSMITET LTDA, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

ANGEL SOFIO MONTAÑO CUERO, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de la SOCIEDAD COMERCIAL CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA –COSMITET LTDA, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 2 de enero de 2005 hasta el 22 de noviembre de 2017. Consecuencialmente, solicitó el pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró para la sociedad demandada por virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de enero de 2005 hasta el 22 de noviembre de 2017, data en la que COSMITET LTDA dio por terminado el vínculo contractual sin justa causa. Que las labores las desempeñó de manera continua y subordinada en un horario de 4 horas diarias. Que

devengó como salario las sumas descritas en el hecho 7º de la demanda. Que los elementos necesarios para la prestación del servicio de medicina general por parte del demandante fueron suministrados por la sociedad demandada. Que COSMITET LTDA le adeuda las acreencias laborales causadas en vigencia de la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 5 de junio de 2019 (Fl. 212), en el que se ordenó la notificación de la sociedad demandada.

Trabada la Litis la convocada a juicio contestó la demanda a través de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la misma, al considerar que el demandante prestó sus servicios como médico general mediante sendos contratos de prestación de servicios. En su defensa propuso como excepciones las de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “PAGO TOTAL”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONTRATO DE TRABAJO” y la “GENERICA” (Fls. 241-247).

El Juzgado de Primer Grado el 2 de diciembre de 2019 llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C.P. del T. y de la S.S., acto procesal en el que se declaró fracasada la etapa de conciliación al no llegar a un acuerdo la partes en controversia, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas y se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 260-261).

El 27 de mayo de 2021, se llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que se agotó el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), resolvió ABSOLVER a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas por el demandante en su contra y lo condenó en costas (Fls. 316-317).

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juez A Quo, al considerar que en el caso bajo estudio se configuró una relación laboral de conformidad con lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1439 de 2021, en tratándose de profesiones liberales como el caso de los médicos. Advirtió, que de la prueba testimonial y del interrogatorio de parte del demandante se puede concluir que existió un horario de trabajo y que la sede en la que atendía el actor a los pacientes era la destinada para ello por COSMITE LTDA. De igual manera, manifestó que la testigo KATHERINE DE HARO PIEDRA, informó que su secretaria era la persona que coordinaba directamente con el demandante la prestación de sus servicios en el Municipio Olaya Herrera, y que resulta inverosímil aceptar que por casi 11 o 12 años de relación de trabajo el demandante no hubiera tenido contacto directo con un agente COSMITET LTDA o con la señora KATHERINE DE HARO PIEDRA cuando

realizaba las auditorías. Por las anteriores razones solicita se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La apoderada de COSMITET LTDA solicitó se confirme la decisión de la primera instancia, al no haberse configurado los elementos del contratos de trabajo, pues destacó que de la prueba testimonial y del interrogatorio de parte del demandante, se encuentra plenamente demostrada la autonomía e independencia con la cual ejercía el actor sus actividades, la ausencia de condiciones del servicio, como la imposición de horarios, poder disciplinario e impartición de órdenes, elementos todos estos que permiten establecer certeramente la ausencia de una relación laboral entre 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

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO

Descendiendo al sub examine y de cara a resolver el disenso presentado, se tiene que el fallador de instancia consideró que en el plenario no se encontraba acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, al concluir del análisis de los medios de prueba recaudados en el presente asunto que lo que rigió fue un contrato de prestación de servicios.

En este orden de ideas, 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 C. G. del P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es deber de quien acciona el aparato judicial, allegar al proceso todos los medios acreditativos que respalden sus súplicas, siendo aplicable para tal efecto el contenido del artículo 54 del C.S. del T. que establece que "La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios".

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del C.S.T., 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.¹

PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO

En cuanto a este elemento contractual esencial, en el sub lite COSMITET LTDA, al dar contestación a la demanda, si bien negó la existencia de una relación laboral con el demandante, aceptó que prestó servicios como médico general en cumplimiento de un contrato civil, actividades que realizó de manera autónoma, por lo que a juicio de la Sala se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de la demandada, pero no en las circunstancias que se indicó en la demanda, pues como se analizará más adelante, conforme se extrae de la prueba testimonial, la sociedad demandada desvirtuó el elemento de la subordinación.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA.

Al respecto conviene precisar que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, constituye el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, pues dicha potestad se concreta en el sometimiento del trabajador a las órdenes o imposiciones de su empleador. De otro lado, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor encomendada por el contratante.

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

Adicionalmente, conviene precisar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente SL 1439 del 14 de abril de 2021, respecto de la subordinación en profesionales liberales estableció que:

¹ 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.”

“Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas² o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación»³. Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo)”:

Definido lo anterior y demostrada como se encuentra la prestación del servicio de la parte activa del contradictorio a favor de la COSMITET LTDA, le correspondía desvirtuar a esta última la presunción prevista en el artículo 24 del CST, pues conviene precisar que la accionada alegó la existencia de un vínculo contractual de prestación de servicio dentro de los cuales no existió subordinación ni dependencia.

Al respecto el testigo traído por la parte demandante CASIMIRO BALAREZO OROBIO, manifestó que el actor prestaba atención médica al Magisterio en el Municipio de Olaya Herrera, misma que brindaba de manera diaria 4 horas; dos horas en la mañana y en la tarde, de lunes a sábado, en la sede asignada por la demandada, resaltando además que cuanto se les presentaba alguna urgencia llamaban al médico y los atendía, inclusive los días domingo. Aseguró, que el actor también laboraba en el Hospital de Olaya Herrera y que era quien determinaba el horario en que los podía atender. Informó, que cuando el Sr. Ángel Sofio Montaña Cuero salía, encomendaba a alguien del hospital para que atendiera a los pacientes del Magisterio.

El testigo, WILMAR GUERRERO VASQUEZ, de igual manera convocado por la parte actora, aseguró que el actor fue su médico en COSMITET LTDA. Comentó que las citas se gestionaban con un enfermero que permanecía en el consultorio asignado, quien presume era empleado del hospital. Manifestó, que el demandante no tenía horario porque si un paciente se enfermaba un sábado o domingo lo atendía. Preciso, que cuando el actor viajaba tenía que dejar a un médico para que los reemplazara, pues comenta que debía pedir permiso, pero ello no le consta. Finalmente, expresó que el consultorio no era del actor sino del COSMITET LTDA.

Por su parte la testigo KATHERINE DE HARO PIEDRA citada por la demandada y quien funge como Coordinadora Médica desde el año 2008, manifestó que el actor laboró en el Municipio de Olaya Herrera como médico general -4 horas diarias- y que ella era la encargada de dar el visto bueno a las cuentas de cobro que presentaba el demandante, advirtiendo que no se le exigía otro tipo de soporte. Aseguró, que el actor atendía a los pacientes en el horario que el señalaba,

² OJEDA AVILÉS, Antonio. La deconstrucción del derecho del trabajo. Madrid: La Ley, 2010. Como lo señala el citado autor, «en el contrato de trabajo no ha cambiado la obediencia, aspecto pasivo, que continúa siendo la misma que hace siglos, sino el modo de ejercer el poder de dirección y control... ya no se ejerce por órdenes de viva voz, a toque de sirena, ni se controla por el listero a la entrada de la factoría, pues el control se verifica por ordenador o en todo caso por medios electrónicos. Lo que evoluciona en el contrato de trabajo no es tanto la obediencia, para resumir, sino el poder de dirección, más exquisito y refinado, menos inmediato que en otros tiempos, pero igualmente efectivo» (p. 481).

³ SUPLOT, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 190.

resaltando que además trabajaba en el hospital de OLAYA HERRERA. Manifestó, que no tuvo comunicación con el demandante y que era su secretaria quien lo hacía. Expuso que la verificación del cumplimiento de las actividades del actor la hacía a través de las reuniones que tenía con los profesores y con el veedor médico, pero no existía un control estadístico de las atenciones. Finalmente, relató que no recuerda si el actor en algún momento solicitó permisos y tampoco conoce si este se ausentó autónomamente, como tampoco si dejaba a otro médico encargado, advirtiendo que nunca se le impuso sanción alguna.

Por su parte, en diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandante, manifestó que laboró como médico para COSMITET LTDA en el Municipio de Olaya Herrera. Aseguró, que los pacientes eran asignados por los veedores de salud y que los atendía generalmente de 12: 00 p.m. a 2:00 p.m. y de 6:00 p.m. a 8:00 p.m., y de manera voluntaria los sábados o domingos en cualquier horario. Afirmó, que las horas para atender a los pacientes eran previamente concertadas con el veedor, pues estas dependían de la disponibilidad que contara el demandante, es decir, que no se cruzaran con compromisos laborales ya que trabajaba además para la ESE OLAYA HERRERA. Finalmente, indicó que el veedor era quien verificaba que cumpliera sus funciones cabalmente, así como la coordinadora la señora KATHERINE DE HARO. Indicó que nunca le impusieron sanciones ni llamados de atención y que laboraba con los elementos que le suministraba la demandada como papelería, insumos para atender a los pacientes, resaltando que había elementos que como médico eran de su propiedad.

Finalmente, la Representante Legal de la demandada, manifestó que para la época de los hechos no laboraba ningún empleado de COSMITET LTDA en el Municipio de Olaya Herrera, y que al actor se lo contrató para atender la red externa. Aseguró que la supervisión del contrato la hacía la señora Katherine de Haro de manera remota, pues verificaba que la prestación del servicio se cumpliera en los términos del contrato, supervisión que la hacía comunicándose con los usuarios y los veedores de salud, últimos que asegura eran personas particulares.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba concluye la Sala que el elemento esencial de la subordinación fue desvirtuado por la parte accionada, ello por cuanto si bien afirma el demandante en su escrito de demanda que estaba supeditado al cumplimiento de órdenes, el hecho de que el actor hubiera sido vinculado mediante un contrato de prestación de servicios no era óbice para que la demandada ejerciera la supervisión respectiva en el cumplimiento del mismo, pues resulta viable que en función de una adecuada coordinación se puedan requerir informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre sus obligaciones, pues lo importante era que esa coordinación no excediera los límites y se convierta en la subordinación propia del contrato de trabajo, escenario que en el sub lite no se dio, pues lo único que se observa es que la supervisión se relacionaba con el ejercicio correcto de su profesión como médico.

Así las cosas, lo que advierte la Sala es que la ejecución de la prestación del servicio que el actor desarrollaba como médico general, no estaba precedida de subordinación por parte de la sociedad demandada, pues de la prueba testimonial y del propio interrogatorio de parte del actor, se advierte

que era este último quien fijaba el horario de atención de los pacientes que en promedio era de 4 horas diarias; dos en la mañana y dos en la tarde, según su disponibilidad, característica propia del trabajador independiente, circunstancia esta que además no resulta ser una situación que haga concluir la existencia de subordinación, ya que como lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 8434-2014, “la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de relaciones jurídicas, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral, como lo expresa el recurrente”, conclusión que toma mayor fuerza si se tiene en cuenta que como lo dijeron los testigos citados por el actor cuando este se ausentaba dejaba un reemplazo para que atendiera a los pacientes del magisterio con lo cual también se rompe el elemento esencial “intuitu personae” de manera continua.

Finalmente, en cuanto al reparo que hace el recurrente referente a que el actor ejecutaba sus labores como médico en las instalaciones de COSMITET LTDA, conviene advertir que este aspecto no se encuentra plenamente acreditado ni existe claridad; sin embargo, para la Sala esa situación resulta irrelevante, pues es preciso señalar que en los contratos de prestación bajo ciertas particularidades y circunstancias es posible que la actividad autónoma e independiente para la cual es vinculado el contratista se desarrolle en las instalaciones del contratante, sin que ello per sé implique la configuración de un contrato de trabajo, ya que en este caso como se indicó la demandada no intervino en las condiciones de ejecución de la labores como médico general que desempeñó el actor, por el contrario, las ejecutó según su disponibilidad de tiempo.

En conclusión, para la Sala las pruebas reseñadas y los razonamientos expuestos son suficientes para concluir que los servicios desplegados por el actor en favor de COSMITET LTDA, como médico general, fueron realizados con apego al contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes bajo las notas de autonomía que caracteriza a este tipo de negocios, por ende, se confirmará la decisión de primera instancia.

CONCLUSIÓN

Por lo discurrido, es procedente y ajustado a derecho confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N) el 27 de mayo de 2021.

COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que, dadas las resultas de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandada COSMITET LTDA y en contra del demandante ANGEL SOFIO MONTAÑO CUERO, las que se fijan de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en cuantía de 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$908.526 que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispone el artículo 366 ídem.

RESUELVE:

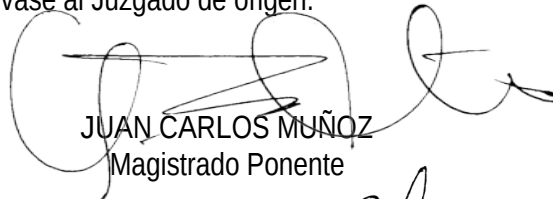
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N) el 27 de mayo de 2021, objeto de apelación por activa, por las razones expuestas.

SEGUNDO. COSTAS a cargo del demandante ANGEL SOFIO CUERO MONTAÑO y a favor de la parte demandada COSMITET LTDA. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$908.523, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G. del P.

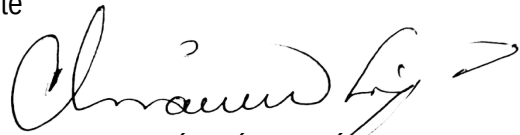
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No 425. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

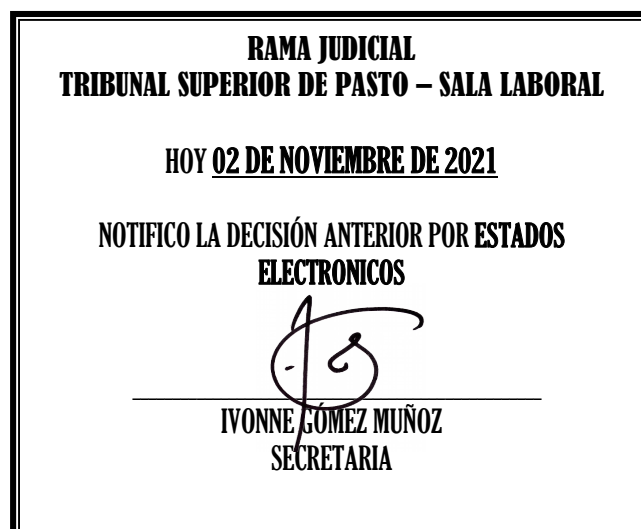
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada
(en descanso compensatorio)


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 520013105003-2019-00455-01 (335)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, JUAN CARLOS MUÑOZ quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por JUAN CARLOS ZAMBRANO GOMEZ contra ALTIPAL S.A.S. y DIAGEO COLOMBIA S.A., acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

AUTO INTERLOCUTORIO

I. ANTECEDENTES.

JUAN CARLOS ZAMBRANO GOMEZ, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia, en contra de ALTIPAL S.A.S. y DIAGEO COLOMBIA S.A., para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que con las demandadas existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de marzo de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016. Consecuencialmente, solicitó se declare ineficaz la terminación de la relación laboral, al desconocer la estabilidad laboral reforzada que gozaba el demandante, o de manera subsidiaria se declare ineficaz la terminación de la relación laboral teniendo en cuenta las conductas de acoso laboral que llevaron al actor a presentar su carta de renuncia, configurando un despido injustificado. Consecuencialmente, solicitó se ordene el reintegro a un cargo de igual o similar categoría al que venía desempeñando y se condene a las demandadas de manera solidaria al pago de las acreencias laborales causadas desde el 1º de diciembre de 2016 hasta que se haga efectivo su reintegro y los demás emolumentos consignados en la demanda, junto con las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicitó se declare que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, y consecuencialmente se condene a las demandadas de manera solidaria a pagar las indemnizaciones previstas en el artículo 64 y 65 del C.S.T, la prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los demás emolumentos consignados en la demanda, junto con las costas del proceso.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que, mediante auto del 6 de diciembre de 2019, la admitió y ordenó la notificación de las sociedades demandadas (Fl. 225).

Mediante auto del 23 de abril de 2021, el juzgado de conocimiento dispuso tener por no contestada la demanda por parte de ALTIPAL S.A.S y DIAGEO COLOMBIA S.A.; sin embargo, dicha decisión fue revocada mediante auto del 6 de mayo de 2021, para en su lugar tener por no contestada la demanda únicamente respecto de DIAGEO COLOMBIA S.A., y dispuso tener notificada por conducta concluyente a ALTIPAL S.A.S (Fls. 297-298 y 329-331)

Por su parte, el apoderado de DIAGEO COLOMBIA S.A., formuló incidente de nulidad con fundamento en el artículo 29 de la C.P, el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P. y el artículo 8º del Decreto 806 de 2020, solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calendarado 6 de diciembre de 2019, al considerar que a su representada se le ha vulnerado el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, en la medida que la notificación no fue surtida en debida forma (Fls. 333-339), solicitud que fue resuelta por la Juez A Quo, mediante auto del 2 de agosto de 2021, que negó el incidente formulado por la demandada DIAGEO COLOMBIA S.A., decisión que en síntesis se fundamentó en que para el caso concreto el acto de notificación se surtió en la forma como lo establece el Decreto 806 de 2020, mismo que en efecto se llevó a cabo según la certificación expedida por la empresa de mensajería el 1º de octubre de 2020 (Fls. 396-372).

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA DIAGEO COLOMBIA S.A.

El apoderado de la parte demandada DIAGEO COLOMBIA S.A.S., interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, al considerar que al ser admitida la demanda el “9 de diciembre de 2020”, la notificación debía realizarse de conformidad con el artículo 291 del C.G.P. en concordancia con el artículo 29 del C.P.T y de la S.S, pues si bien la notificación se llevó a cabo el 1º de octubre de 2021, el Decreto 806 de 2020 no resultaba la norma aplicar, ya que según el artículo 624 del C.G.P., la disposición que rige es la vigente al inicio de la etapa procesal. Expuso además que, una vez esa sociedad tuvo conocimiento del auto mediante el cual se tuvo por no contestada la demanda, al concluir que fue notificada mediante correo electrónico, procedió a validar el buzón de entrega evidenciando que la comunicación aludida por el despacho nunca fue

recibida, pues destacó que contrario a lo sostenido por la Juez A Quo cumplió con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 806-2020., -manifestar bajo juramento que no recibió la comunicación- pues emitió certificación referente al desconocimiento de lo que se notifica. Finalmente, expuso que la Juez de Primera Instancia, le restó valor probatorio a la certificación aludida al ser emitida por personal de la sociedad demandada; sin embargo, resaltó que no hay nadie más idóneo que el personal de la misma para efectos de dar cuenta de los soportes existentes o no en el buzón de notificación de la compañía; no obstante manifestó que de requerir la colaboración de un tercero experto solicita un término prudencial para realizar la auditoria forense que da cuenta de la no recepción de la notificación realizada.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen alegatos los que se sintetizan así:

El apoderado de DIAGEO COLOMBIA S.A. reiteró los argumentos expuestos con el recurso de apelación.

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

Dando aplicación al principio de consonancia establecido en el artículo 66 A del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala de Decisión Laboral definirá si la decisión de la Juez A Quo de negar el incidente de nulidad propuesto por el apoderado de DIAGEO COLOMBIA S.A., por indebida notificación prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P., se encuentra ajustada a derecho.

La causal de nulidad que alega el apoderado judicial de la parte demandada, se encuentra consagrada en el numeral 8º del artículo 133 del C. de G. P., aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del C. P. T. y la S. S., que dispone:

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”.

Ahora bien, conviene recordar que el artículo 41 del C.P.T y de la S.S. establece seis formas de notificación: personal, en estrados, por estados, por edicto, por conducta concluyente y por aviso a las entidades públicas; sin embargo, el numeral 1º del referido artículo establece que deberá notificarse personalmente al demandado del auto admisorio de la demanda y en general la que

tenga por objeto hacer saber la primera providencia que se dicte, pues recordemos que las notificaciones en el proceso laboral tienen como fin dar a conocer a las partes las actuaciones surtidas y las decisiones adoptadas en el desarrollo del mismo.

Para ello, la especialidad laboral, por expreso mandato del artículo 145 del CPT y de la SS, debe acudir a lo consagrado en el artículo 291 del CGP, esto es, remitir a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado una comunicación en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca a recibir notificación, dentro de los 5 días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino.

Así las cosas, en el evento en que el citado no comparezca y la parte interesada aporte constancia de la entrega de la citación en el lugar de notificación, sin que se logre la notificación personal del demandando por su no comparecencia al Despacho, se deberá tramitar el aviso de que trata el artículo 292 del C.G.P.; sin embargo, este aviso en materia laboral no surte los mismos efectos que consagra la norma en materia civil, porque el artículo 29 del CPT y S.S, consagra un trámite distinto, pues señala en forma expresa que el aviso obliga a informar al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los 10 días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un Curador para la Litis, lo cual evidencia que el aviso sólo surte efectos citatorios o de un llamamiento para la parte demandada, como lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de abril de 2012, dentro del radicado No. 41927.

No obstante lo anterior, y con ocasión de la pandemia generada por el Covid 19, fue expedido el Decreto Legislativo 820-2020, por medio del cual se adoptaron “medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, disposición que en el artículo 8º estableció la forma en que debían llevarse las notificaciones personales así:

“Artículo 8. Notificaciones personales. Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.

Parágrafo 1. Lo previsto en este artículo se aplicará cualquiera sea la naturaleza de la actuación, incluidas las pruebas extraprocesales o del proceso, sea este declarativo, declarativo especial, monitorio, ejecutivo o cualquiera otro.

Parágrafo 2. La autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar información de las direcciones electrónicas o sitios de la parte por notificar que estén en las Cámaras de Comercio, superintendencias, entidades públicas o privadas, o utilizar aquellas que estén informadas en páginas Web o en redes sociales. (Negrillas fuera del texto).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley 527 de 1999 (agosto 18) “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” establece:

“ARTICULO 20. ACUSE DE RECIBO. Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

- a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o
- b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo.

ARTICULO 21. PRESUNCIÓN DE RECEPCIÓN DE UN MENSAJE DE DATOS. Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.

Según el artículo 20 de la referida ley, son dos casos concretos cuando se entenderá como acuse de recibido: i) toda comunicación del destinatario, automatizada o no y ii) todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos, situación que también se encuentra regulada en el artículo 612 del Código General del Proceso, que precisa “se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente”.

Adicionalmente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-420 de 2020, declaró exequible de manera condicionada el inciso 3º del artículo 8º y el parágrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806/2020, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador

recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

Explicado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, encuentra la Sala que el juzgado mediante auto del 6 de diciembre de 2019 admitió la demanda formulada en contra de los demandados y ordenó su notificación, misma que la parte actora procedió a realizar de conformidad con el Decreto 806 de 2020 a los correos electrónicos de las convocadas a juicio según el certificado de existencia y representación legal que para el caso de la sociedad DIAGEO COLOMBIA S.A. es notificaciones.colombia@diageo.com (Fl. 278), notificación que según certificación expedida por la empresa de correo certificado SERVIENTREGA, fue remitida el 1º de octubre de 2020 a las 15: 03, y en el acápite de trazabilidad de notificación electrónica se indica que fue enviado con estampa de tiempo a las 15: 04:25 y el acuse de recibo fue a las 15:07:23, como se muestra a continuación (Fl. 276).

Trazabilidad de notificación electrónica		
Evento	Fecha Evento	Detalle
Mensaje enviado con estampa de tiempo	2020/10/01 15:04:25	Tiempo de firmado: Oct 1 20:04:25 2020 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.100.1.45.1.0.
Acuse de recibo	2020/10/01 15:07:23	Oct 1 15:04:28 c4205-282c postfix/smtp [25492]: 87DBB12483C8: to=<notificaciones.colombia@diageo.com> relay=mx-00360401.gsfb.pphosted.com [185.183.28.211]:25, delay=2.7, delays=0.12/0.14/1.2; dsn=2.0.0, status=sent (250 2.0.0 33sxkEfgm-1 Message accepted for delivery)

Así las cosas, la Sala encuentra que la notificación efectuada por la parte demandante a la sociedad DIAGEO COLOMBIA S.A., contrario a lo que afirma el apoderado de esta última, se surtió en los términos del artículo 8º del Decreto 820-2020 en debida forma, pues se dirigió al correo electrónico registrado en el certificado de existencia y representación legal y su recibo fue certificado por un tercero, esto es, una empresa de correo certificado debidamente autorizada para ello, misma que indicó la trazabilidad de notificación electrónica, prueba idónea con la que se acredita que la sociedad demandada recibió el mensaje el 1º de octubre de 2020, notificación que debe entenderse surtida dos días después, esto es, el 5 de octubre del mismo año, por lo tanto los términos para contestar la demanda corrían a partir del 6 de octubre de 2020, sin que se vislumbre la nulidad deprecada.

Cabe advertir, que si bien la sociedad demandada sostiene que se debe dar valor probatorio al documento visible al folio 359, en el que se certifica por parte del Sr. Mario Tovar quien funge como “Employee Experience Lead Colombia” de la sociedad DIAGEO COLOMBIA S.A. en la que se indica que “una vez efectuadas validaciones técnicas en la plataforma Exchange Office 365, no se han encontrado evidencias del ingreso de ningún mensaje de datos al buzón del correo electrónico notificaciones.colombia@diageo.com. proveniente de la cuenta de correo duvestch@gmail.com el 01 de octubre de 2020”, la misma proviene de la parta demandada, luego ningún valor probatorio puede tener, pues es principio general de derecho probatorio que la “la parte no puede crearse a su favor su propia prueba”, sin que la misma tampoco logre derruir lo certificado por la empresa de correo pues tampoco es posible como lo pretende el recurrente se le conceda un término para

aportar otra prueba, ya que, se insiste en el proceso ya milita una prueba idónea para acreditar la notificación surtida a la sociedad demandada.

Finalmente, y en cuanto al reparo de la convocada a juicio DIAGEO COLOMBIA S.A., referente a que la norma a aplicar para surtir la notificación no es el Decreto Legislativo 820- 2020, como quiera que el auto admisorio de la demanda data de diciembre de 2019, por lo tanto, debían surtirse conforme lo establece el artículo 291 del C.G.P. y el 29 del C.P.T., debe advertir la Sala que las notificaciones en el presente asunto se llevaron a cabo por la parte demandante en el mes de septiembre de 2021, esto es, cuando se encontraba vigente el decreto legislativo referido, luego de conformidad con el artículo 624 del C.G.P., se aplicaría la norma anterior para las notificación que se estén surtiendo antes de la vigencia de la nueva legislación, lo cual no ocurrió en el presente asunto, puesto que, el Decreto Legislativo 820 de 2020 data del 4 de junio de ese mismo año, y de conformidad con su artículo 16 entró a regir a partir de su publicación y su vigencia es por el término de dos años a partir de su expedición, resultando claro que cuando se realizaron las notificaciones al incidentalista, es decir, el 1º de octubre de 2020, dicha norma ya se encontraba en plena vigencia.

En conclusión, se confirmará el auto objeto de apelación, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 2 de agosto de 2021, que negó el incidente formulado por la demandada DIAGEO COLOMBIA S.A., de conformidad con las razones expuestas.

COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., dadas las resultas de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia a cargo de la demandada DIAGEO COLOMBIA S.A. y en favor de la parte demandante Así las cosas, de conformidad con las previsiones del numeral 7º del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, corresponde por concepto de agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$454.263, que serán liquidadas en la forma como lo ordena el artículo 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 2 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demanda DIAGEO COLOMBIA S.A. y en favor de la parte demandante. Así las cosas, de conformidad con las

previsiones del numeral 7º del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, corresponde por concepto de agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$454.263, que serán liquidadas en la forma como lo ordena el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No_426 Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.(en descanso compensatorio)


CLARA INÉS LOPEZ DÁVILA
Magistrada



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. 520013105001-2020-00024 01 (185)

San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados JUAN CARLOS MUÑOZ quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por MANUEL OCTAVIO ZAMBRANO VIERA contra la ASOCIACIÓN DEPORTIVO PASTO, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

MANUEL ANTONIO ZAMBRANO VIERA, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de la ASOCIACIÓN DEPORTIVO PASTO, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que existió un contrato de trabajo a término fijo cuyos extremos temporales fueron del 1º de octubre de 2019 al 10 de diciembre de 2020, pero que el trabajador finalizó con justa causa el 3 de diciembre de 2019. Consecuencialmente, solicitó el pago de los salarios de los meses de octubre a diciembre de 2019, la indemnización del artículo 64 y 65 del C.S.T. y demás emolumentos solicitados en la demanda junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que se vinculó con la asociación demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo cuyos extremos fueron del 1º de octubre de 2019 al 10 de diciembre de 2020. Que fue contratado para desempeñarse como Director Técnico, pactándose como salario integral la suma de US \$28.250. Que la convocada a juicio no le canceló los salarios de los meses de octubre y noviembre de 2019, pese a que el pago fue exigido por el demandante. Que la jornada laboral pactada fue flexible. Que la Asociación Deportivo Pasto, incumplió con el deber legal de tramitar la visa de trabajo del demandante al ser un trabajador extranjero. Que el 29 de octubre de 2019, comunicó a la

demandada el cronograma de trabajo del cuerpo técnico y equipo profesional hasta el 15 de diciembre de 2019, documento en el que se consagró que a partir del 24 de noviembre y hasta el 1º de diciembre de ese mismo año, se daría descanso a los jugadores y demás profesionales de fútbol, disposición que fue aceptada por el presidente de la Asociación demandada. Que solicitó permiso y le fue concedido para viajar a New Jersey – USA- donde reside, con el fin, entre otras cosas, de registrar la salida de Colombia. Que el 27 de noviembre fue citado a descargos “por presunta configuración de una justa causa de terminación de contrato laboral”, desencadenando su retorno intempestivo y la cancelación de una sanción de \$2.484.348, por cuanto la demandada no tramitó la visa de trabajo. Que ante el incumplimiento de las cláusulas y acuerdos contractuales el demandante el 3 de diciembre de 2019, decidió dar por terminado el contrato de trabajo por el no pago oportuno de salario, la no tramitación y obtención de visa de trabajo y las diferentes acciones que encuadran en acoso laboral. Que desde el 25 de noviembre y hasta el 2 diciembre de 2019, el presidente de la Asociación Deportivo Pasto, difundió en diferentes medios de comunicación una serie de afirmaciones aprovechando que el actor no se encontraba en la ciudad de Pasto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 5 de febrero de 2020 (Fl. 177), en el que se ordenó la notificación de la entidad demandada.

Trabada la Litis, la ASOCIACIÓN DEPORTIVO PASTO, contestó la demanda a través de apoderado judicial oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que el contrato de trabajo finalizó por justa causa, resaltando que, si bien existió “algún tipo de retraso en algunos pagos”, fueron derivados de la difícil situación económica en que se encontró la institución y no con el ánimo de incumplir. En su defensa propuso como excepciones las de “INEXISTENCIA DE DESPIDO INDIRECTO”, “JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO”, “BUENA FE”, y la “INOMINADA”. (Fls. 193-213).

El Juzgado de Primer Grado el 3 de noviembre de 2020 llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C.P. del T. y de la S.S., acto procesal en el que se declaró fracasada la etapa de conciliación al no existir animo conciliatorio en la parte demandada, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls.292-296).

El 26 de abril de 2021 se llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el que se agotó el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo comprendido entre el 1º de octubre de 2019 y el 3 de diciembre de 2019, fecha en que feneció sin justa causa por parte del empleador. Consecuencialmente condenó a la Asociación Deportivo Pasto, a pagarle la suma de \$875.606.275, por concepto de indemnización por despido injusto, la devolución de la multa cancelada por el trabajador en favor de la Unidad Administrativa

Especial Migración Colombia, así como la indemnización moratoria equivalente a la suma de \$16.700.976. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas por el demandante y la condenó en costas.

El Juez A Quo, fundamentó su decisión en que la asociación demandada incumplió con las obligaciones que le incumbían, esto es, pagar los salarios en la fecha acordada en el contrato de trabajo comportamiento que fue sistemático. Además, manifestó que la demandada fue negligente en el trámite de la visa de trabajo del actor, aspectos por los que concluyó se encontraba acreditado el despido indirecto. Por otro lado, aseguró que no se probó la justa causa del despido que adujo la demandada. Consecuencialmente, ordenó el pago de la indemnización reclamada, así como la moratoria y la devolución del monto a título de multa que canceló el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

El apoderado de la asociación convocada a juicio, manifestó en síntesis que no se dan los presupuestos para que se configure un despido indirecto, en tanto, no se superó el plazo máximo para hacer el pago de los salarios, solo se trató de un retraso mínimo en el pago de los mismos justificado en la difícil situación de liquidez de la institución ante la no clasificación del equipo a las finales de ese año, por ello, no puede concluirse que existió un incumplimiento sistemático en las obligaciones, pues tampoco el actor realizó requerimientos verbales o escritos al respecto. En cuanto al segundo motivo invocado por el demandante, esto es, el referente a la visa de trabajo, manifestó que los trámites para obtener la visa del trabajador no eran únicamente de resorte del empleador sino también del trabajador como interesado, luego entonces, asegura que si bien esa situación podía acarrear una sanción para la institución, ello no afectaba el contrato de trabajo, y mucho menos ser considerada una causal para invocar un despido indirecto, porque ello implica mezclar el tema migratorio con el laboral. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo con justa causa que efectuó la demandada por abandono de su lugar de trabajo, indicó que se acreditó que el demandante ante la eliminación del equipo de fútbol profesional debía planificar la temporada 2020, y que para ausentarse debía contar con una autorización; no obstante, se ausentó de manera autónoma afectando dicha planificación. Advirtió, que el hecho de que el actor no hubiera suscrito el acta de descargos no la hace inválida. Por otro lado, afirmó que lo que primero ocurrió en el tiempo fue la terminación del contrato por parte de la asociación demandada y no la renuncia del trabajador, destacando que la primera se llevó a cabo observando el debido proceso, resaltando que no se trata de un proceso disciplinario sino de la imposición de una falta que da a lugar a la terminación del contrato de trabajo.

En cuanto a la condena por indemnización moratoria, manifestó que la situación que conllevó al no pago oportuno de salarios por parte de la convocada a juicio, no es indicativa de mala fe, pues lo fue debido a la falta de liquidez de la institución, generándose un retraso mínimo, por ello debe recoversse, así como también la devolución de la sanción por el trámite migratorio porque era un trámite que le competía al trabajador.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto, los que se sintetizan así:

El apoderado de la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación referentes a que se revoque la sentencia debido a que no existió un despido indirecto y por el contrario la Asociación Deportivo Pasto, terminó el contrato de trabajo suscrito con el demandante invocando una justa causa, pues reiteró que no existió un incumplimiento sistemático de las obligaciones del empleador, conforme lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 9660 de 2014, y esta Corporación en sentencia proferida en proceso No 2018-263, pues además destacó que la situación administrativa ante las autoridades migratorias del empleador y el trabajador no comportan una justa causa para dar por terminado el contrato por ninguna de las partes. Insistió, en que se acreditó que el empleador terminó la relación laboral con justa causa el 3 de diciembre de 2020, debido a que el actor se ausentó sin el permiso de la demandada, incurriendo en grave indisciplina. Finalmente, expuso que tampoco hay lugar a mantener la indemnización moratoria.

Por su parte el apoderado de la parte actora, adujo que contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, existió un incumplimiento sistemático en el pago de salarios, ya que el 23 de noviembre de 2019 se hizo un primer pago de la primera quincena de octubre, y el 12 de diciembre de la misma anualidad se realizó el segundo pago del mes de noviembre y de los 3 días de diciembre, cuando ya se había terminado la relación laboral. Adicionalmente, expuso que existió negligencia administrativa en el trámite de la visa de trabajo, ya que la asociación demandada no realizó trámite alguno para la obtención de la misma, aspectos todos estos que a su juicio conducen a concluir que existió un despido indirecto como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en un caso similar SL1082-2020, pues la demandada no cumplió con sus obligaciones legales. Finalmente, en cuanto al despido con justa causa comprobada que invoca la demandada, indicó que la misma no comprende una falta grave calificada como tal en el reglamento, resaltando que la ausencia del actor no configura una grave falta, más aún cuando se probó que continuó dirigiendo a la distancia, por ello solicitó se confirme la decisión de la primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de los argumentos expuestos en los recursos de alzada, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados

por el apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S., le corresponde a esta Sala de Decisión definir i) si la relación que existió entre las partes terminó por causas imputables al empleador, para así determinar si le asiste el derecho al pago de la indemnización por despido indirecto, o si por el contrario el contrato de trabajo finalizó con justa causa. ii) establecer si resulta procedente condenar a la convocada a juicio a devolverle al demandante la multa cancelada en favor de la UAE MGRACIÓN COLOMBIA, por valor de \$ 2.484.348, y iii) si hay lugar a imponer la indemnización moratoria a cargo de la asociación demandada.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO, MODALIDAD Y EXTREMOS

Descendiendo al sub examine y de cara a resolver el disenso presentado, se tiene que en el caso bajo estudio no es objeto de controversia que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1º de octubre de 2019 con extremo final 10 de diciembre de 2020, por virtud del cual el actor de desempeñó como Director Técnico del Equipo de Fútbol Profesional, mismo que terminó el 3 de diciembre de 2019 (Fls. 239-243). El punto objeto de debate se centra en determinar si el contrato de trabajo finalizó por causas imputables al empleador o, si, por el contrario, se acreditó una justa causa de despido.

DESPIDO INDIRECTO

Sobre el despido indirecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 14877 de 2016, radicado 48885 indicó que es el producto de la determinación o autodespido por parte del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo y se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST.

Al respecto, tal y como lo tiene decantado la jurisprudencia, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que la decisión adoptaba por el trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deben ser comunicados de manera clara y precisa, y se reitera deben corresponder al incumplimiento de las obligaciones que a él le incumben. Por lo tanto, el trabajador debe cumplir con la carga probatoria que le corresponde con el fin de obtener una decisión que lo favorezca.

CASO EN CONCRETO

Dicho lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, obra a folio 77 comunicación del 3 de diciembre de 2019, suscrita por el demandante dirigida al presidente de la Asociación Deportivo Pasto, mediante la cual le comunica su decisión de dar por terminado de forma unilateral y con justa causa atribuible a la demandada la relación laboral, debido al incumplimiento en el pago de salarios específicamente 15 días del mes de octubre, noviembre y los días del mes de diciembre, así como la falta de gestión para la obtención de la visa de trabajo. (Fls. 77-80).

Ahora bien, para acreditar el primero de los motivos aludidos de los documentos visibles a folios 247 y 249 se extrae que en efecto el 25 de noviembre 2019, se le canceló una quincena del mes de octubre por valor de \$35.943.110, la restante el 11 de diciembre del mismo año junto con el salario del mes de noviembre y el correspondiente a tres días de diciembre así: \$35.943.100, \$71.886.210 y \$8.433.256, así como también la liquidación de vacaciones proporcionales al tiempo laborado.

Así las cosas, de lo anterior se observa que para la fecha en que el demandante dio por finalizado el contrato de trabajo por razones atribuibles al empleador, si bien el mes de octubre se había pagado por fuera del término establecido para su pago según el contrato de trabajo – mensualidades vencidas- y de manera incompleta, pues el 23 de noviembre de 2019 se cancelaron 15 días, adeudándose los restantes 15 días, lo cierto es que, para el día en que presentó la renuncia, esto es, el 3 de diciembre de 2019, le adeudaban esos días y el mes de noviembre apenas tenía una mora de 2 días, moras que para la Sala no resultan suficientes para estructurar un despido indirecto y fulminar condena indemnizatoria, pues frente al incumplimiento sistemático la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo «sistemático», en sentencia SL007 de 2019, rememoró lo dicho al respecto en sentencia SL 6 de jun. 1996 rad. 8313, en la que se indicó

"[...] Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir" (resalta la Sala)."

De conformidad con lo anterior, para la Sala no existió un incumplimiento sistemático por parte del empleador, más aún cuando la relación laboral se ejecutó por tan corto tiempo - dos meses- de los cuales se insiste para la Sala solo existió mora en el pago de un solo mes, octubre, pues la de noviembre apenas se estaba causando cuando el actor presentó la renuncia, luego se insiste no se observa que el incumplimiento fuera regular o continuo, por ello, el primer motivo alegado por el demandante relacionado con el incumplimiento sistemático en el pago de salarios, no se encuentra acreditado.

Conviene advertir que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1082 de 2020, providencia en la que fundamentó sus alegatos el apoderado de la parte actora, concluyó que existía un despido indirecto frente a un jugador de fútbol al que la Corporación Deportiva y Cultural de Pereira no le canceló los salarios de los meses de octubre a diciembre de 2009, dando por terminado el contrato de trabajo el 6 de enero de 2010, los supuestos fácticos resultan diferentes a los del proceso que ocupa la atención de la Sala, pues el contrato de trabajo se extendió por más de siete meses y existió una omisión sistemática frente a la pago de tres meses de salarios, situación que no ocurre en el presente asunto.

DE LA VISA DE TRABAJO DEL DEMANDANTE

Expuso el actor como motivo para dar por terminado el contrato de trabajo la falta de trámite por parte de la asociación demandada en la visa de trabajo, lo cual generó que fuera sancionado pecuniariamente. Frente a este argumento la convocada a juicio expone que dicho trámite también era de resorte del trabajador, y que en todo caso la situación administrativa migratoria del trabajador y el empleador no comporta una justa causa para terminar el contrato laboral por ninguna de las partes, y no afectan los derechos del trabajador.

Para resolver lo pertinente, recordemos que el despido indirecto se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST., que para el caso el demandante invocó específicamente la prevista en el numeral 6º del referido artículo, esto es, el incumplimiento sistemático y sin razones válidas por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales.

Ahora bien, sobre la vinculación de trabajadores extranjeros, el Ministerio del Trabajo en concepto 1200000-10434 del 12 de junio de 2015, indicó que la empresa que desee vincular, contratar, emplear o admitir a un extranjero, debe exigir la visa que le permita desarrollar la actividad, ocupación u oficio autorizado en la misma de conformidad con la legislación vigente que regula la expedición de visas.

Así mismo, consultada la página de la cancillería se extraen los requisitos para obtener la visa M- Trabajador extranjero así:

“Podrá aplicar el extranjero contratado para ejercer un cargo que denominamos fijo o de larga duración porque prevé la vinculación de personal de manera constante; suelen ser a término indefinido o que siendo para un periodo fijo no menor a un año tienen posibilidad de renovación por periodos iguales.

La visa tipo “M” tendrá vigencia de tres años. Cuando la duración del contrato sea menor a tres años, la visa tipo “M” podrá tener vigencia inferior.

Requisitos específicos

1. Presentar diligenciado el formato resumen de contrato.
Nota: La autoridad de visa podrá exigir la presentación del contrato original cuando la información registrada en el formato resumen de contrato no sea suficiente, presente inconsistencia o requiera aclaración.
2. Carta de motivación del empleador.
3. Extractos bancarios del empleador correspondientes a los seis meses previos a la solicitud. Cuando el empleador sea una persona jurídica deberá demostrar ingresos promedio mensuales de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes. En caso de persona natural, deberá demostrar ingresos promedio mensuales de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En caso que los empleadores sean órganos, entidades o instituciones del Estado colombiano, Organismo Internacional Gubernamental, Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares acreditadas en Colombia, únicamente deberá presentar una carta de solicitud de la visa suscrita por el representante legal o quien haga sus veces”.

Por, otro lado la sanciones a la política migratoria, se encuentran previstas en el Decreto 1067 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

De lo anterior, se puede concluir que desde el punto de vista migratorio, el empleador que vincule, o contrate a un extranjero mediante cualquier modalidad contractual, está en la obligación de exigirle al extranjero la presentación de la visa que le permita desarrollar la actividad, ocupación u oficio, misma que entiende la Sala debe tramitar el interesado, es decir, el trabajador con los documentos que le expida el empleador como son la carta de motivación del empleador y los extractos bancarios, luego entonces, no observa la Sala disposición alguna que consagre que sea una obligación legal para el empleador tramitar la visa de trabajo, pues ello no se encuentra previsto en el contrato ni en las normas del C.S.T., y mucho menos que ésta comporte una causal para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador, puesto que los trámites migratorios que deban adelantar el trabajador y el empleador que no se lleven con apego a la ley migratoria generan según en el artículo 2.2.1.3.1 del Decreto 1067 de 2015, entre otras, sanciones económicas como la que le fue impuesta al demandante mediante Auto No 2019-1070017335 del 4 de diciembre de 2019 (Fls. 83-93), al haber infringido los numerales 1, 2, 3, y 13 de esa disposición, siéndole impuesta una multa de \$2.484.348, Situaciones administrativas migratorias que en manera alguna pueden constituirse como causal de terminación de contrato, más aún cuando de estas anomalías administrativas se beneficiaron tanto el demandante como la asociación demandada, luego no puede ahora el demandante alegarlas.

Así las cosas, al no probarse el incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte de la convocada a juicio para el pago de los salarios, y al acreditarse que el trámite de la visa no comportaba una obligación legal a cargo del empleador, no queda otro camino que concluir que la terminación del contrato de trabajo, ocurrido el 3 de diciembre de 2013, no se dio por un despido indirecto, sino que obedeció a una renuncia voluntaria. En consecuencia, se modificará la decisión de la primera instancia que declaró que el contrato de trabajo finalizó sin justa causa y se revocará la indemnización que en ella se impuso a cargo de la convocada a juicio.

De conformidad con lo anterior, por sustracción de materia no resulta relevante resolver lo relacionado con el despido con justa causa que alega la demandada, pues el retiro del actor se dio por renuncia.

Por otro lado, solicitó el apoderado de la demandada se revoque la decisión del Juez A Quo que ordenó el reembolso de la multa impuesta al actor por la UAE MIGRACION COLOMBIA por valor de \$2.484.348 y así se procederá, pues la multa fue impuesta al demandante por infringir la ley migratoria.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Condenó el Juez A Quo a la Asociación Deportivo Pasto, a reconocerle al actor la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., desde el 4 al 10 de diciembre de 2019, en la suma total de \$16.700.976, por cuanto la demandada a la terminación de la relación laboral no le canceló los salarios adeudados al actor, pues el pago solo se hizo hasta el día 11 del mismo mes y año, decisión a la que se opuso el recurrente, al considerar que su representada no actuó de mala fe, advirtiendo que el retraso mínimo obedeció a la falta de liquidez de la institución.

Al respecto resulta necesario advertir que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificada por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, como claramente lo ha decantado Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, no procede de manera automática, pues así estableció en sentencia sentencia SL2805-2020, de julio 8 de 2020, M.P. Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la que asentó:

“Desde el punto de vista jurídico, al que se ciñe el primer cargo, esta sala de la Corte ha precisado, en incontables oportunidades, que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no está sometida a reglas absolutas e inexorables, de manera que no puede ser impuesta o excluida de forma automática, sino que es preciso examinar las condiciones particulares de cada caso y, con apego a ellas, establecer si la entidad empleadora tenía razones válidas, sólidas y atendibles para dejar de pagar los salarios y prestaciones sociales del trabajador, de manera que pueda ser inscrita en el universo de la buena fe (Que a su vez ratifica las sentencias CSJ SL16884-2016, CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras)”.

Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de la Sala es claro que la demandada el 3 de diciembre de 2019, cuando finalizó el contrato de trabajo por renuncia del actor, no le canceló los salarios que se habían causado, procediendo a ello tan solo el 11 del mismo mes y año, por lo que recae en la parte pasiva de la Litis, quien, en su condición de empleador, la carga de probar los motivos que lo llevaron a incurrir en tal omisión y que, en todo caso, en criterio del operador judicial lo pondrían en el plano de la buena fe por tratarse de razones serias, válidas, sólidas y atendibles.

Lo cierto es que la asociación convocada a juicio, para exonerarse de tal condena, expone, sin allegar prueba alguna, que su proceder estuvo enmarcado en el principio de buena fe y que el retraso en el pago de salarios se debió a la iliquidez derivada de la eliminación del campeonato de fútbol, justificaciones que no resultan suficientes para excusar a la demandada ni concluir que su actuar estuvo revestido de buena fe, para luego abstenerse de imponer condena en su contra, porque si bien su aplicación no es automática, tampoco puede excusarse de ella de manera mecánica, como expresamente lo resalta Nuestro Órgano de Cierre en Materia Laboral, pues la supuesta falta de liquidez alegada no exonera al empleador de cumplir a tiempo con sus obligaciones laborales, ya que debe recordarse, el trabajador no debe cargar con las dificultades económicas de la empresa conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 28 del C. S. del T., que a la letra dice “UTILIDADES Y PÉRDIDAS. El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de la primera instancia que impuso la indemnización moratoria a favor el demandante, en la cuantía y forma determinada, puesto que este aspecto no fue cuestionado por la demandada.

EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada propuso como excepciones de fondo las de “JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO”, “BUENA FE”, y la “INNOMINADA”. En cuanto a la primera, al haberse presentado renuncia voluntaria por parte del trabajador resulta inane abordar su estudio, como se explicó en la parte pertinente; con respecto a los dos restantes, se

declararán no probadas de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia.

En cuanto a la excepción denominada “INEXISTENCIA DE DESPIDO INDIRECTO” se declarará probada.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado corresponde a esta Sala modificar el numeral primero de la sentencia para indicar que la relación laboral terminó por renuncia del trabajador y revocar los numerales segundo y tercero para, en su lugar, absolver a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa y de la devolución de la multa cancelada a favor de la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA. Se adicionará la sentencia con un numeral séptimo respecto de las excepciones y se confirmará en lo restante la decisión del Juez A Quo.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que debido a que prosperó parcialmente el recurso de apelación no se impondrán costas.

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 de la sentencia proferida dentro del presente proceso, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 26 de abril de 2021, objeto de apelación, por las razones expuestas el cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MANUEL OCTAVIO ZAMBRANO VIERA de notas civiles conocidas en autos, en su calidad de trabajador y la parte demandada ASOCIACIÓN DEPORTIVO PASTO, en su calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término fijo, comprendido entre el 1º de octubre y el 3 de diciembre de 2019, fecha en la que feneció el contrato por renuncia voluntaria del demandante”.

SEGUNDO: REVOCAR los NUMERALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia proferida dentro del presente proceso, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 26 de abril de 2021, objeto de apelación para, en su lugar, ABSOLVER a la demandada de la indemnización por despido injusto y de la devolución de la multa cancelada por el trabajador en favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 26 de abril de 2021, con un numeral séptimo que será del siguiente tenor:

“SEPTIMO: Declarar probada la excepción propuesta por la demandada denominada INEXISTENCIA DE DESPIDO INDIRECTO”, y no probadas las restantes por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia”.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de abril de 2021, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: SIN COSTAS EN LA INSTANCIA por no haberse causado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No 428. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en descanso compensatorio)


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



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. 520013105003-2020 00047 -01 (288)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto JUAN CARLOS MUÑOZ, quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por CARLOS JULIO GUERRERO OBANDO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

CARLOS JULIO GUERRERO OBANDO, 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. a partir del 1º de diciembre de 1996. Consecuencialmente, solicitó se condene a esa entidad a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones y el bono pensional, con la capitalización, la indexación pertinente y los intereses de mora. Adicionalmente, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios morales y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 7 de mayo de 1959. Que realizó cotizaciones a “CAJANAL” desde el 1º de diciembre de 1983 hasta el 30 de noviembre de 1996, y a partir del 1 de diciembre de 1996 hasta el 30 de junio de 2019 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual, el que se hizo efectivo desde el 1º de diciembre de 1996. Que PORVENIR S.A. el 30 de julio de 2019 realizó una simulación

pensional en su favor; indicándole que ascendería a \$828.116 en el evento de seguir cotizando el 100% del tiempo, siendo que su IBL al 2019 fue de \$2.159.451, y su pensión en el R.P.M. alcanzaría como mínimo el 55% de ese valor. Que COLPENSIONES mediante oficio del 12 de diciembre de 2019, resolvió no dar trámite a la solicitud de traslado impetrada por el actor.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto calendado 4 de marzo de 2020 (fl.71), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público.

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

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 EL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICANCIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA”, y la “INOMINADA o GENERICA” (Fls. 82-131)

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepción previa la de “FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA” y como 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”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS”, “LA INOPONIBILIDAD DE LA REPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fls.156-190).

Llevada a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., el 6 de julio de 2021, la Juez A Quo declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, declaró no probada la excepción previa formulada por COLPENSIONES, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Tercero

Laboral del Circuito de Pasto, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante a partir del 1º de julio de 1996 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a favor de COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, además del porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, le ordenó a COLPENSIONES recibir los valores referidos. Declaró probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS” y se abstuvo de imponer costas en su contra. Declaró probadas las excepciones de fondo formuladas por PORVENIR S.A. denominadas “INEXISTENCIA DEL DAÑO” y “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO” Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 278- 282).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que en el caso no se acreditó la falta de información alegada, debido a que para la data del traslado del actor no había obligatoriedad de brindar una información que no existía. Manifestó que, del interrogatorio de parte rendido por el actor fue contradictorio con la demanda. Así mismo, indicó que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtuvieron por quien administró el bien y además genera un enriquecimiento sin causa. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos genera un desequilibrio en la prueba y afecta el derecho de defensa de la A.F.P. Finalmente, se opuso a la condena en costas, en tanto, no resultan procedentes ni proporcionales, ya que su representada ha obrado de buena fe.

COLPENSIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., siendo improcedente el traslado del demandante al R.P.M., más aún si se tiene en cuenta que es una persona con estudios superiores. Resaltó que, del interrogatorio de parte rendido por el actor no existe certeza sobre si su voluntad fue pertenecer al R.P.M o al R.A.I.S. Manifestó que, de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella por más de 25 años. Finalmente, advirtió que autorizar el traslado del demandante

al R.P.M, implica prohiar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por el realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco el actor presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

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

Finalmente, el Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que mediante comunicado del 2 de septiembre de 2021, se notificó el auto del 27 de agosto del mismo año, mediante el cual esta Corporación ordenó poner en conocimiento del Ministerio Público la configuración de la nulidad prevista el numeral 8º del artículo 133 del CGP, concretamente cuando “(...) no se cita en debida forma al Ministerio Público (...)”, pues en efecto revisado el proceso se advierte que no existe evidencia de la notificación a ese vista fiscal; sin embargo, por economía procesal solicitó se declare saneada con la intervención y el concepto rendido, en el que adujo que la A.F.P. PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía, según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puesto que no arrimó ninguna evidencia al plenario que demuestre la gestión realizada, tan solo allegó el formulario de afiliación, lo cual no constituye prueba de la asesoría brindada, por ende asegura que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, así como la obligación de la devolución de saldos con todos sus rendimientos y los gastos de administración; empero, deber ser

adicionada para indicar que esto últimos debe devolverse de manera indexada y que el fondo privado debe asumir cualquier diferencia que se presente en el monto de los valores trasladados.

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

II. CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por el 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 del actor, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Finalmente establecer si la condena en costas impuesta en contra de PORVENIR S.A. se encuentra ajustada a derecho.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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

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

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

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

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

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

entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen 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 pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, y en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la

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)

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.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante se trasladó inicialmente y ultima a la que se encuentra afiliado por virtud de la fusión por absorción con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS no cumplió con el deber de información, pues le correspondía arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento esto es para el año 1996, el actor recibió la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso dicha 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 aquel, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares del demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio, puesto que PORVENIR S.A., no demostró en el sub lite que se hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir el actor en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, por el contrario solamente se acreditó en el sub judice el suministro del formulario de traslado que data del 24/6/1996 (Fl.134), del cual no se puede concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía, tales como; ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Cabe advertir que, si bien el demandante al absolver el interrogatorio de parte, manifestó que no consintió su traslado al R.A.I.S., pues bajo su convencimiento se había trasladado en cesantías, lo cierto es que, existe un formulario suscrito por el demandante el cual no fue redargüido en su contenido, por ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 244 de C.G.P. se presume auténtico y tiene

valor probatorio, luego entonces, partiendo de ese hecho le correspondía a PORVENIR S.A. acreditar que cumplió con el deber de información que le incumbía, hecho que no se acredita únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos ha establecido que este no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que PORVENIR S.A. cumplió con las obligaciones que le incumbían, aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informado, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor 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, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente.

Así mismo, 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 confirmará la decisión de la primera instancia que declaró la ineficacia del traslado que el demandante realizó ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. el 24 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1º de julio de ese mismo año, 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.

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, como lo decidió la Juez A Quo, éste 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 a la fecha el actor se encuentra vinculado a PORVENIR S.A. dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por el demandante hubiera recibido, 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 cuenta global del RPM los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que se hubieren causado durante toda su permanencia en el RAIS, debidamente indexados, tal y como lo definió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los últimos precedentes jurisprudenciales, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, decisión que favorece a COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, por ende se adicionará el numeral segundo de la sentencia en lo pertinente.

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

Finalmente se debe precisar, que si bien la Sala mayoritaria en anteriores oportunidades negó el retorno a COLPENSIONES respecto de afiliados provenientes de cajas de previsión social, como lo es el caso que nos ocupa, dicha postura fue replanteada en sentencia proferida el 9 de julio de 2019,

dentro del radicado 2017 00015, con Ponencia de la Dra. Clara Inés López Dávila, decisión con aclaración de voto de la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez y del suscrito, en la cual hicimos alusión a los conceptos de ineficacia y nulidad y además analizamos las sub reglas contenidas en los recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como el SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO entre otros y a la luz de dichos precedentes jurisprudenciales sobre este tema que no han permanecido invariables, sino que han venido evolucionando a través del tiempo, y que hasta la actualidad no hacen distinción en relación a la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, de la cual proviene el afiliado.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó el apoderado de PORVENIR S.A., se revoque la condena en costas en razón a que su representada no actuó de mala fe y con apego a la ley.

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.

Ahora bien, sobre el reproche que realiza el apoderado de PORVENIR S.A. referente a que las costas resultan desproporcionadas, dicho aspecto la demandada deberá controvertirlo en la oportunidad procesal pertinente de conformidad con el artículo 366 numeral 5 del C.G del P., esto es mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como 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”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE INTERESES MORATORIOS”, “LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASO DE INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO”, 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 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.

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral cuarto en lo pertinente.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral segundo conforme se indicó y modificará el numeral cuarto de la sentencia. 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 vigentes, esto es la suma total de \$1.817.052, para cada una, la cuales 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 SEGUNDO y MODIFICAR el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 6 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el actor CARLOS JULIO GUERRERO OBANDO, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, generados durante toda su permanencia en el RAIS.

Así mismo CONDENAR a PORVENIR S.A. a DEVOLVER a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos los valores correspondientes a gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones del demandante, si luego de este ejercicio financiero aun existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él, esta corre igualmente a cargo de PORVENIR S.A.

“CUARTO: “DECLARAR probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” únicamente respecto de las costas de primera instancia. Declarar probadas las excepciones de fondo propuestas por PORVENIR S.A. denominadas “INEXISTENCIA DEL DAÑO y AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO” y NO PROBADAS las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 6 de julio de 2021, 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 la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$1.817.052 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 427. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en descanso compensatorio).


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVALA
Magistrada

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL

HOY 02 DE NOVIEMBRE DE 2021

**NOTIFICO LA DECISIÓN ANTERIOR POR ESTADOS
ELECTRONICOS**


IVONNE GÓMEZ MUÑOZ
SECRETARIA

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. 520013105003-2020-00153-01 (291)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, JUAN CARLOS MUÑOZ, quien actúa como ponente y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por MARIELA DEL SOCORRO RUALES UNIGARRO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

I. ANTECEDENTES

MARIELA DEL SOCORRO RUALES UNIGARRO, 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 acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. a partir del 1º de febrero de 1998. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir de esa entidad la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante desde el 1º de febrero de 1998, con la capitalización, bonos pensionales, indexación e intereses de mora. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados junto con las costas procesales.

Fundó sus pretensiones en que nació el 10 de mayo de 1960. Que prestó servicios y realizó cotizaciones al extinto I.S.S. en la forma como se explica en el hecho 3º de la demanda, esto es,

de forma interrumpida desde el 23 de diciembre de 1992 hasta el 31 de agosto de 1997. Que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de febrero de 1998. Que PORVENIR S.A. el 25 de octubre de 2019 realizó proyección de la mesada pensional a la actora arrojando como resultando un valor de \$828.116, siendo que su IBC hasta febrero de 2020 ascendió a \$4.136.302, por lo tanto, de permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de que su pensión sería al menos el 55% de ese monto. Que el 24 de marzo de 2020, radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado, petición que no ha sido resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del 15 de octubre de 2019 (fls. 67-68), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte 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”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA EL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION 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 GENERICA” (Fls. 70-119).

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls.185-213)

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls. 180-183).

El juzgado de conocimiento el 13 de julio de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto 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 el la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 1º de febrero de 1998, y 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. conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a favor de COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con inclusión de la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, además del porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos descritos. Declaró probada la excepción de Ausencia de Prueba Efectiva del Daño e Inexistencia del Daño propuesta por PORVENIR S.A. y la de Imposibilidad de Condenar en Costas formulada por COLPENSIONES. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 341-345)

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que en el caso no se acreditó que la demandante hubiese sido objeto de engaño o falta de información, más aún cuando para la época en que la actora se trasladó no era obligatoria la información que ahora se exige. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos genera una afectación al derecho de defensa de la A.F.P. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que las mismas resultan improcedentes y excesivas, ya que su representada actuó de acuerdo con las buenas prácticas comerciales y de buena fe.

COLPENSIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., más aún si se tiene en cuenta que la demandante es una persona con estudios. Resaltó, además que de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan

el compromiso de pertenecer a ella por más de 20 años. Finalmente, advirtió que autorizar el traslado de la demandante al R.P.M.D, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

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 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La 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.

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

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 y que se revoque la condena en costas.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y 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, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si la condena en costas impuesta en contra de esa entidad es procedente.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra.

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

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

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

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

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

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

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 pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

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

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

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1998, según el formulario de afiliación visible a folio 120, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirman los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES le correspondía a la A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, esto es, para el año 1998, la actora recibió por parte de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada 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, ya que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS 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, incumpliendo con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, como se dijo anteriormente la demandada PORVENIR S.A. solo se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora; sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del formulario no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende no les asiste razón a los recurrentes, ya que se insiste no cumplió con su deber de información, aspecto que además les correspondía probar por carga dinámica de la prueba, como lo ha dicho nuestro órgano de cierre, por cuanto al hacer la demandante una negación indefinida

de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe resaltar, que la falta de dicha información por parte de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora 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.

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 negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado ante PORVENIR S.A.; 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 como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá como lo concluyó la primera instancia 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 cuenta global del RPM los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que se hubieren causado durante toda su permanencia en el RAIS, debidamente indexados, tal y como lo definió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los últimos precedentes jurisprudenciales, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliado a dicho fondo, por ende se modificará la decisión de la primera instancia en lo pertinente

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 ello, se modificará 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.

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 OBLIGACION 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 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.

Con relación a la excepción de “BUENA FE” que declaró probaba la Juez A Quo para no condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES, esta decisión se modificará para en su lugar declarar probada de oficio la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, pero únicamente respecto de las costas primera instancia.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y los que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala modificar los numerales segundo y cuarto de la sentencia 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 vigentes, esto es la suma total de \$1.817.052, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 13 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliada la Sra. MARIELA DEL SOCORRO RUALES UNIGARRO, a trasladar a la ejecutoria de esta sentencia a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la parte actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, generados durante toda su permanencia en el RAIS. Igualmente DEVOLVER con cargo a sus propios recursos los valores correspondientes a los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal Q y el art 20 de la ley 100 de 1993, debidamente indexados, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones de la Sra. MARIELA DEL SOCORRO RUALES UNIGARRIO, durante su permanencia en el RAIS.

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

“CUARTO: “DECLARAR probada de oficio la excepción denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, respecto de COLPENSIONES, únicamente sobre las costas de primera instancia y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas, salvo las excepciones de ausencia de prueba efectiva del daño e inexistencia del daño propuestas por PORVENIR S.A.”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de julio de 2021, 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 PORVENIR S.A. y 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 \$1.817.052 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 429. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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

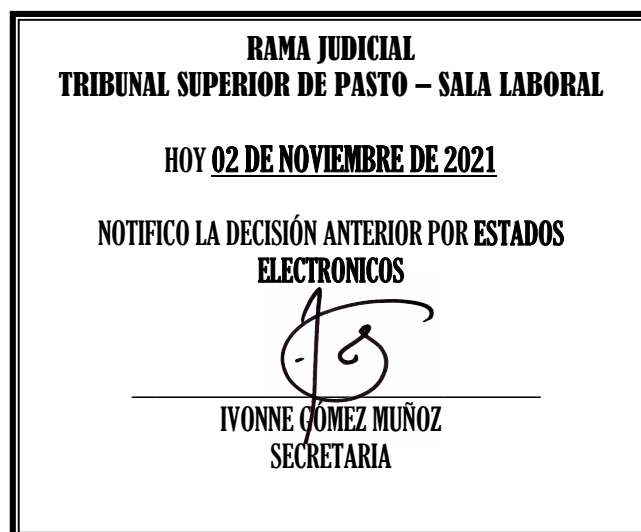


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en descanso compensatorio)



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 523563105001-2020-00197-01 (375)

En San Juan de Pasto, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, JUAN CARLOS MUÑOZ, quien actúa como ponente y CLARA INES LÓPEZ DÁVILA, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por OLGA GENNY IAGAN TEPUD contra PAOLA ANDREA NARVÁEZ REYES y HERMES MARINO NARVÁEZ, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que a la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez, le fue concedido descanso compensatorio por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y Putumayo.

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

AUTO INTERLOCUTORIO

I. ANTECEDENTES.

OLGA GENNY INAGAN TEPUD, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de PAOLA ANDREA NARVAÉZ REYES y HERMES MARINO NARVAEZ, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 1º de octubre de 1997 y finalizó el 24 de marzo de 2020. Consecuencialmente solicitó se condene a la demandada a reconocer las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás emolumentos solicitados con la demanda, junto con las costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, Despacho que admitió la demanda mediante auto del 15 de enero de 2021, ordenando notificar a los demandados y concediendo amparo de pobreza a la demandante (Archivo 6).

Trabado el contradictorio, la parte demandada en término oportuno contestó el libelo introductorio por conducto de apoderada judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones condenatorias de la demanda. En su defensa propuso como excepciones previas las de “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES” y como de fondo las de “NATURALEZA DE LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y MODALIDAD CONTRACTUAL”, “SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD”, “RELACIONES LABORALES DIFERENTES”, NATURALEZA DEL CARGO DESARROLLADO POR LA ACCIONANTE”, “PAGO TOTAL O PARCIAL”, entre otras. (Archivo 13).

Mediante auto calendado 13 de agosto de 2021, el juzgado de conocimiento admitió la reforma de demanda presentada (Archivo 18), la cual fue contestada por los demandados en la forma que da cuenta el archivo 18.

Por su parte, el apoderado de la demandante mediante escrito del 6 de agosto de 2021, solicitó el decreto de las medidas cautelares innominadas conforme lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 2021. En consecuencia, solicitó se inscriba la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria de bienes inmuebles que asegura son de propiedad de los demandados y sobre un establecimiento de comercio de propiedad de la demandada PAOLA ANDREA NARVÁEZ REYES, en atención a que las medidas cautelares resultan razonables, proporcionales, necesarias y eficaces (Fls. 1-4), petición que el juzgado de conocimiento mediante providencia del 13 de agosto de 2021, negó al considerar que según lo definió la Corte Constitucional, la interpretación analógica del C.G.P., en materia de medidas cautelares en el proceso ordinario laboral, es exclusivamente respecto de las medidas innominadas y no nominadas como lo pretende la parte actora (Fls. 34-38).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la convocante a juicio interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, al considerar que la argumentación de la Juez A Quo, no resulta acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional, debido a que la medida cautelar solicitada no se encuentra regulada por la ley laboral, por ello es innominada, además resulta ser razonable, proporcional, necesaria y eficaz para la protección y efectividad del derecho en litigio, como lo es el pago de acreencias laborales, por lo que para efectos de garantizar la efectividad del mismo, la medida cautelar de inscripción de la demanda en bienes de los demandados se constituye como efectiva para así garantizar preventivamente el cumplimiento de las pretensiones y fallo a proferir (Fls. 40-42).

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos los que se sintetizan así:

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

Por su parte, la apoderada de la parte demandada manifestó que las solicitudes de medidas cautelares de inscripción de bienes sujetos a registro no están siquiera llamadas a ser analizadas, en tanto las mismas no son admisibles conforme la interpretación dada por la Corte Constitucional. Adicionalmente, indicó que la solicitud desconoció por completo la prevalencia de la ley especial sobre la ley general, ya que se pasó por alto la medida cautelar dispuesta en el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Además, adujo que en el evento de dar aplicabilidad a lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 2021, se omitió el demostrar la ineficacia y no idoneidad de la cautela dispuesta en el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues advirtió que se pretendió convertir en innominadas las medidas previstas en los literales a y b, del numeral 1º. del artículo 590 del Código General del Proceso. Finalmente, resaltó que la parte actora no demostró la procedencia del decreto de medida cautelar alguna con cargo a la parte demandada.

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 interpuesto por la parte demandante y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por el apelante al proveído impugnado, según lo dispone en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le corresponde a esta Sala de decisión definir si en el presente caso resulta procedente imponer las medidas cautelares previstas en el artículo 590 del CGP, conforme lo solicita la parte actora.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL.

Solicitó la parte actora la imposición de las medidas cautelares, según lo previsto en el numeral 1º literal c) del artículo 590 del CGP, pretendiendo se inscriba la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes inmuebles que asegura son de propiedad de los demandados y sobre un establecimiento de comercio de propiedad de la demandada PAOLA ANDREA NARVÁEZ REYES, en atención a que las medidas cautelares resultan razonables, proporcionales, necesarias y eficaces.

Al respecto, advierte la Sala que el criterio imperante en esta Sala de Decisión sobre medidas cautelares, era que en tratándose de la aplicación analógica del artículo 590 del C.G.P al proceso laboral, no era procedente, dada la existencia en el CPT y de la S.S. de norma especial que regula el tema, esto es, el artículo 85 A que fue adicionado por la Ley 712 de 2001; sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 2021, declaró exequible de forma condicionada el artículo 37A

de la Ley 712 de 2001, en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del Código General del Proceso, conclusión a la que arribó tras indicar que la disposición atacada admitía dos interpretaciones posibles así: “(i) Una primera conforme a la cual es una norma especial que impide la aplicación, por remisión normativa, del régimen de medidas cautelares dispuesto en el CGP, posición esta adoptada por la Corte Suprema de Justicia, que lleva a concluir que la disposición vulnera el principio de igualdad. Pero también (ii) otra interpretación que reconoce que la norma no impide esta posibilidad de aplicación, por remisión normativa, concretamente del literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, referente a la facultad del juez de decretar medidas cautelares innominadas”, prefiriendo el alto tribunal la segunda, en tanto hacía efectivos los principios constitucionales de protección especial al derecho al trabajo, y no genera un déficit de protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

En la mencionada sentencia, también se advirtió que “la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador”, y que “Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual”.

Dicho lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, pretende el apoderado de la parte actora se decrete las medida cautelar innominada prevista en el literal c) del numeral 1º del artículo 590 del C.G.P., que establece que el juez podrá a petición del demandante decretar “Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir, su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar, los que se hubieren causado o aseguras la efectividad de la pretensión”, pero contradictoriamente solicita se inscriba la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria de bienes inmuebles que asegura son de propiedad de los demandados y sobre un establecimiento de comercio de propiedad de la demandada PAOLA ANDREA NARVÁEZ REYES, medidas cautelares que no resulta posible su imposición, pues no corresponden a las innominadas; por el contrario, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro se encuentra prevista en los literales a y b del numeral 1º del artículo 590 del C.G.P., medidas cautelares respecto de las cuales se insiste la Corte Constitucional de manera clara expuso que no era posible su admisión en el proceso laboral.

Por las anteriores razones la Sala confirmará el numeral tercero del auto proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales el 13 de agosto de 2021, que negó la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora, por las razones expuestas.

COSTAS

Sin lugar a condenar en costas por cuanto a la demandante con auto del 15 de enero de 2021, le fue concedido amparo de pobreza previsto en el artículo 154 del C.G.P.

III.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral tercero del auto proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales el 13 de agosto de 2021, que negó la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora, por las razones expuestas.

SEGUNDO. SIN COSTAS en la instancia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No 430 Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

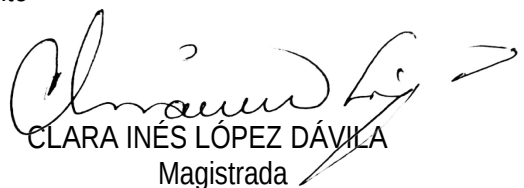
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada (en descanso compensatorio)



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

