

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

**DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador**

Expediente N° 23 001 31 05 003 2018 00275 01 FOLIO 316-2020

Aprobado por Acta N° 76

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver la apelación formulada por las partes, y el grado de consulta, contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ARISTOTELES ÁLVAREZ MACEA contra COLPENSIONES y ALLIANZ SEGUROS S.A.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

- El demandante pide que se declare que entre él y Allianz Seguros S.A., antes Aseguradora Colseguros S.A., existió una relación laboral mediante contrato de trabajo escrito, que se inició el 02 de junio de 1965 y terminó el 01 de septiembre de 1973.
- Que se declare que la demandada Allianz Seguros S.A., incumplió la obligación de hacer los aportes a pensión por el periodo 02 de junio de 1965 hasta el 01 de septiembre de 1973.
- Que se declare que Colpensiones, previo cálculo actuarial, debe recibir los aportes a pensión a favor del accionante y que una vez cancelada las semanas, se declare que el mismo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 16 de octubre de 2005, conforme al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, con derecho a dos mesadas adicionales.

- Que se condene a la demandada a realizar el cálculo de la primera mesada pensional, tomando como ingreso base de cotización el salario de \$61.950. M/CTE., devengado mensualmente entre el 01 de noviembre de 1973 y el 31 de agosto de 1985, actualizados conforme lo indica el Decreto 1887 de 1994.
- Que se condene a Colpensiones a pagar al demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o en su defecto las condenas sean indexadas.
- Que se autorice a Colpensiones descontar al demandante, de las cantidades a pagar, la suma de dinero canceladas a título de indemnización sustitutiva.

1.2. Los hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Señala el promotor que trabajó, mediante contrato escrito, para la empresa Aseguradora Colseguros S.A, hoy Allianz Seguros S.A., desde el 02 de junio de 1965 hasta el 01 de septiembre de 1973 y, posteriormente desde el 01 de noviembre de 1973 hasta el 31 de agosto de 1985.
- Que las labores para las cuales se le contrató fueron, inicialmente, las de mensajero y después pasó a vendedor de pólizas de seguro de todo tipo, lo cual hacía en las oficinas de la empresa y fuera de ella.
- Que del tiempo trabajado para la empresa demandada, no le fue cotizado a pensión, desde el 02 de junio de 1965 hasta el 01 de septiembre de 1973, un total de 423.71 semanas.
- Que sumando las semanas que efectivamente le aparecen cotizadas en su historia laboral a las 423.71, dejadas de aportar por la empresa demandada, en el periodo de junio de 1965 al 01 de septiembre de 1973, a 31 de agosto de 1985 tendría cotizadas para pensión, un total de 1093 semanas.
- Que adquirió el derecho a recibir pensión de vejez el 16 de octubre de 2005 cuando cumplió 60 años.
- Que presentó el 07 de junio de 2006, solicitud de reconocimiento de pensión de vejez al Instituto de Seguros Social, quien mediante Resolución N° 009492 del 26 de septiembre de 2006, negó el beneficio pensional bajo la óptica de que en su historia laboral solo le aparecían 669 semanas cotizadas, de las cuales 0 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida y que necesitaba de mil semanas cotizadas.
- Que acudió a la vía judicial a efectuar su reclamación pensional contra el Instituto de Seguros Sociales, solicitud que correspondió decidir al Juzgado Primero Laboral de Descongestión de Montería, el cual mediante providencia de 31 de octubre de 2008, negó las pretensiones.

- Que finalmente solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión, la cual se concedió mediante Resolución 015948 de 28 de julio de 2009, en cuantía única de \$19.278.808, la cual se liquidó sobre 669 semanas con un ingreso base de liquidación de \$2.743.338.
- Que espera que en este nuevo intento, su derecho pensional sea reconocido, que el 04 de abril de 2018, rogó a Colpensiones requerir a Allianz Seguros S.A., para que hiciera los aportes correspondientes, petición que fue resuelta negativamente.
- Que el ISS, con fecha de 28 de octubre de 2009, le expidió una certificación de semanas cotizadas donde le aparecen 669.29, de las cuales 617.43 fueron cotizadas con un salario mensual de \$61.950. entre el 01/11/1973 y el 31/08/1985.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1 Admitida la demanda y notificada en legal forma, **Colpensiones** se opuso a todas las pretensiones, argumentando que el demandante no cumple con el requisito de las semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, por solo contar con 669.29; que al impulsor le fue reconocida indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual es incompatible con la pensión de vejez requerida.

Propuso como excepción previa la denominada "*cosa juzgada*", por cuanto el demandante ya realizó la reclamación y obtuvo sentencia de mérito emitida por el Juzgado Primero Laboral de Descongestión de Montería. Como excepciones de mérito presentó las denominadas: "*inexistencia de las obligaciones reclamadas por no cumplir con el requisito de las semanas cotizadas*"; "*improcedencia de cobro de intereses moratorios*", "*cobro de lo no debido*" y "*prescripción*"

2.2 Por su parte, **Allianz Seguros S.A.**, no se opone a la relación laboral con el actor, durante el lapso comprendido entre el 02 de junio de 1965 hasta el 01 de septiembre de 1973, pero sí lo hace frente a las demás pretensiones del genitor. Aduce que en Montería el ISS, inició cobertura para los riesgos de IVM a partir de la vigencia de la Resolución 1042 de agosto de 1972, que a partir del mes de septiembre de 1972, esa aseguradora dio estricto cumplimiento a su obligación de pagar los aportes pensionales en favor de su empleado, hasta el 08 de enero de 1985, calenda en que se dio por terminado el contrato entre las partes.

Como consecuencia, propuso las excepciones de fondo: "*falta de causa para pedir*", "*inexistencia de las obligaciones demandadas*" y "*prescripción*".

II. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A la primera instancia se le puso fin con la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, en la que se declaró no probada la excepción de cosa juzgada estudiada de oficio y por proposición de Colpensiones; se declaró que entre la empresa Allianz Seguros S.A, antes Compañía Colombiana de Seguros S.A, y el señor Aristóteles Álvarez Macea, existió un contrato de trabajo desde el 02 de junio de 1965 hasta el 01 de septiembre de 1973, declaró que la demandada Allianz Seguros S.A., debe los aportes a pensión del Sr. Álvarez Macea, por el periodo laborado desde el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972; condenó a la convocada Allianz Seguros S.A., a reconocer y pagar al ISS, hoy Colpensiones, vía calculo actuarial, que deberá ser elaborado por la entidad de seguridad social, los aportes por los periodos trabajados por el libelista, entre el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, con los salarios devengados en dicho periodo.

Condenó a Colpensiones a que expida el cálculo actuarial correspondiente al periodo no cotizado en pensiones del Sr. Álvarez Macea, comprendido desde el 02 de junio 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, a cargo de Allianz Seguros S.A., antes Compañía Colombiana De Seguros S.A. y, en consecuencia, reciba el pago que dicha empresa haga de esa reserva actuarial.

Condenó a Colpensiones a que una vez recibido el valor del cálculo actuarial, reconozca la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, al señor Álvarez Macea, a partir del 16 de octubre de 2005, con una cuantía inicial de \$1.921.454, con las mesadas adicionales y reajustes de ley, establecidos por el gobierno.

Condenó a Colpensiones a pagar al demandante, el retroactivo de las mesadas pensionales por vejez, causadas, por efectos de la prescripción, desde el 03 de julio de 2015, hasta que se haga efectivo el pago, señalándose que la mesada pensional reajustada para ese año asciende a la suma de \$2.830.372.

Autorizó a Colpensiones descontar del retroactivo pensional del actor, la suma de \$19.278.808, que le fue cancelada a título de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la que debe ser indexada para la deducción respectiva.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a las mesadas causadas con anterioridad al 03 de julio de 2015 y probada la de improcedencia de cobro de intereses moratorios, formuladas por la demandada COLPENSIONES. Declaró no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas Allianz Seguros S.A. y Colpensiones y, autorizó a esta última a efectuar los descuentos para salud acorde con lo consagrado en la ley.

Como báculo de su decisión, la A quo señaló lo siguiente:

Que en lo atañadero a la excepción de cosa juzgada, no son iguales los argumentos jurídicos en que se apoyan los dos asuntos y, que las partes no son las mismas, teniendo en cuenta que en esta ocasión se integra al contradictorio a Colpensiones, quien sustituye al ISS, es decir, los demandados son Allianz Seguros S.A. y Colpensiones, situación suficiente para desvirtuar la cosa juzgada. Que aunado a

ello, estamos en presencia de un hecho jurídico y procesal nuevo, atendiendo el cambio jurisprudencial de la Corte en el tema de aportes pensionales a cargo del empleador por falta de cobertura.

Que sin mayores disquisiciones, salta a la vista la relación del demandante con la compañía Allianz Seguros S.A., la que acepta esta accionada, durante los periodos del 2 de junio de 1965 hasta el 1 de septiembre de 1973, los que se entienden confesos.

Que en lo atinente a la omisión del empleador de realizar los aportes durante este lapso, por falta de cobertura del ISS, basta remitirse a lo razonado por la H. Corte Suprema, en tal sentido, por ejemplo, en la sentencia SL305-2020, para que el despacho acceda a lo deprecado por el actor, siendo del caso condenar a Allianz, a que reconozca y pague el cálculo actuarial que realice Colpensiones a favor del demandante, por el periodo comprendido desde el 2 de junio de 1965 hasta el 3 de septiembre de 1972, con los salarios devengados en dicho periodo, en virtud de que en el resumen de semanas cotizadas por empleador ya se encuentran registradas las correspondientes a los ciclos de 04 - 09 - 1972 hasta el 01 - 09 - 1973, en consecuencia, aquel lapso arroja un total de 372.64 y no de 423.71, semanas como lo solicita el precursor.

Que los aportes debidos son imprescriptibles, lo mismo que su cálculo actuarial, siendo deber de Colpensiones recibir el pago que a este respecto le haga Allianz Seguros S.A., como ex empleadora del actor.

Que con relación a la indemnización sustitutiva otorgada al demandante, se debe interpretar como un todo las circunstancias que llevaron al libelista a tal petición, por consiguiente, al estar frente a un derecho de carácter sustancial e irrenunciable, Colpensiones sí debe aceptar el título pensional que debe pagar el empleador Allianz Seguros S.A., previo cálculo actuarial que dicha entidad, como fondo pensional, debe elaborar.

Que el propulsor si es beneficiario del régimen de transición, pues al confrontarse los supuestos fácticos de la norma con los suyos, tenemos que ante su carácter de trabajador privado, el sistema de pensiones entró en vigencia para él, el 01 de abril de 1994, data para la cual debía cumplir con una de las exigencias legales así, tener 40 años de edad por ser hombre o 15 años de servicio cotizado, los que, en efecto, había cumplido, ya que conforme a su registro civil de nacimiento, nació el 16 de octubre de 1945, siendo que tenía 48 años, 5 meses y 15 días a 1 de abril de 1994, por ende, es beneficiario del régimen de transición. Por lo que el régimen pensional al cual se encontraba afiliado y por el que debía respetársele la edad, tiempo y monto, era el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, toda vez que se encontraba afiliado al ISS.

Que el accionante demuestra tales requisitos así: la edad de 60 años, el día 16 de octubre de 2005, las semanas de cotización: acredita un total de 1041.93, por lo que tiene lugar la pensión deprecada desde el 16 de octubre de 2005; que cabe advertir que, si bien fue en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, el mismo dispuso en su parágrafo transitorio 4, que el régimen de transición se mantendría al 31 de julio de 2010, con la excepción de quienes tuvieran 750 semanas cotizadas a la

entrada vigencia de dicha enmienda constitucional, al cual se le extendería al año 2014, lapso en el cual se encuentra el propulsor, por lo que no se afecta.

Que en lo atinente al IBL, se debe acudir a lo dispuesto en el art. 21 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que al actor le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional, como se evidencia de la fecha de causación del derecho, que corresponden a los ciclos comprendidos entre agosto de 1985 y septiembre de 1975.

Que no es posible acceder a la pretensión del inicialista de calcular la primera mesada teniendo como IBL, la suma de \$61.950, toda vez que, conforme al reporte de semanas cotizadas obtenidas en su expediente administrativo, tuvo varias consignaciones básicas mensuales registradas por su y, en consonancia, con ellas se procedió a realizar el cálculo respectivo.

Que se obtuvo como IBL el valor de \$2.561.938, sobre el cual se debe aplicar la tasa de reemplazo del régimen pensional del acuerdo 049 de 1990, estableciéndose lo anterior que ante las semanas de cotización acreditadas que son 1041.93, el porcentaje a aplicar al IBL es el 75%, dando como resultado de la primera mesada pensional la suma de \$1.921.454, a partir del 16 de octubre de 2005, teniendo derecho a las mesadas ordinarias y adicionales, no obstante, la mesada adicional solo será 1, en los términos del acto legislativo 01 de 2005.

Que para efectos de determinar el retroactivo a pagar y ante la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, se tiene que el demandante solicitó al ISS su pensión de vejez el 7 junio de 2006 y posteriormente, presentó demanda ordinaria laboral en el año 2007, ambos pedimentos fueron decididos en contra de sus intereses y, hasta la interposición de la nueva acción laboral, han transcurrido en demasía los 3 años, es decir, el 3 de julio de 2018, por lo que se tomará como hito de interrupción este último, viéndose afectada por prescripción las mesadas anteriores al 3 de julio de 2015.

Que frente al reclamo de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, se advirtió no ser procedentes, toda vez que la fuente de este reconocimiento es jurisprudencial y lo resuelto por el fondo de pensiones obedeció al cumplimiento de una disposición legal, pero si se impuso indexación de las condenas en aras de mantener el poder adquisitivo del dinero. Además, se autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional, el valor cancelado al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que conforme a la resolución N° 015948 de 2009 del ISS, fue de \$19.278.800, que debe ser actualizada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El apoderado judicial del accionante Aristóteles Álvarez Macea, interpuso apelación, reparando 2 puntos:

(I) Que la orden dada a Colpensiones de pagar la pensión, una vez reciba de Allianz Seguros S.A., el bono pensional ordenado, debe ser corregida por el ad quem, en

atención a que su representado fue sometido a un largo trayecto de 15 años para el reconocimiento de la pensión, lo cual haría la sentencia ilusoria.

(II) Que el dinero reconocido como indemnización sustitutiva de pensión, sea indexado al momento de hacer el descuento respectivo, porque esa petición debe provenir del demandado Colpensiones y no la hizo, con lo cual la A Quo está fallando de una manera extra petita, algo que no podía hacer.

2. Allianz Seguros S.A., se fue en alzada, aseverando que siempre ha sido respetuoso en el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, que al analizar la legislación vigente durante el desarrollo del contrato de trabajo con el demandante y al confrontar la preceptiva surgida a raíz de la vigencia de la ley 100 de 1993, entendió que no tenía obligación alguna en cuanto al pago de aportes pensionales o de realizar el pago de un título pensional a favor del señor Álvarez.

Que no comparte la interpretación que las altas Cortes le han dado a las normas de la ley 90 de 1946, en armonía con la ley 100 de 1993, en materia de títulos pensionales, para suplir la eventualidad de falta de pago de aportes para pensión por la no cobertura del organismo competente en la zona donde se prestó el servicio.

Que, en el caso del actor, tal como se acreditó con la confesión hecha en el hecho 15 del genitor, el mismo presentó demanda anterior, la cual resultó adversa a sus pretensiones, lo que constituye cosa juzgada, pues, en el anterior proceso, también de manera subsidiaria solicitó el pago de los aportes, siendo que le fue reconocida la indemnización sustitutiva de vejez, lo que constituye que ya se le otorgó una prestación a la que hubo lugar, amén de tener en cuenta que en su caso ya existió un pronunciamiento judicial.

Igualmente, censura el hecho de que se ordena a Colpensiones, realizar el cálculo actuarial, pues como se dijo en los alegatos de conclusión, no existió omisión por parte de Allianz Seguros S.A., por lo que considera que en el evento que los Magistrados consideren que sí hay lugar al pago del título pensional, el cálculo actuarial debe hacerse con base en los intereses corrientes y no como lo establece el decreto 1887 de 1994.

Que si bien se le ordena a Colpensiones realizar el cálculo actuarial, no se establece por el Juzgado el ingreso base de cotización de cada periodo, esto es, desde el 65 hasta septiembre del año 73, siendo que ello debe quedar acreditado en el proceso, para efectos, de que en el evento en que se confirme la sentencia, Colpensiones pueda realizar el aludido cálculo actuarial.

3. Colpensiones con su remedio vertical, censuró en lo siguiente:

Que no es posible que se le condene al reconocimiento de una pensión teniendo en cuenta que no existe la certeza de los aportes que, se presume, debía hacer el empleador, por no encontrarse registro de estas afiliaciones, que, entonces, se tendría en estos momentos como una presunción de que existieron unas semanas que debían cotizarse y no se hicieron, por las razones expuestas por Allianz, de que no había cobertura en ese tiempo, respecto a las cotizaciones que debían realizarse en el ISS, que por ello se estaría hablando de una presunción y no se debería contar

con esas semanas, razón por la cual, las mismas no sumarían a las que sí se evidencian cotizadas en la historia laboral aportada en el expediente, que actualmente corresponden a 669.29 y que remitiéndonos a su presunto reconocimiento, bajo la luz del decreto 049 de 1990, no cumplirían con el número que se requieren como requisito para acceder a un reconocimiento de pensión bajo esa legislación.

Que se está haciendo a un lado, lo establecido en el art. 6 del Decreto 1730 de 2001, sobre la incompatibilidad de la pensión de vejez con la indemnización sustitutiva de pensión que fue reconocida al actor. Que, además, no se ha tenido en cuenta el hecho de que efectivamente existe una cosa juzgada, porque el Juzgado Primero Laboral de Descongestión, en sentencia de 31 de octubre de 2008, fijó como tal el reconocimiento de una pensión de vejez, situación que se da en este mismo proceso, por lo que estamos hablando de los mismos hechos y circunstancias jurídicas.

IV. ALEGACIONES

La apoderada judicial de Allianz Seguros S.A., fue la única en presentar alegaciones reiterando y abogando por los mismos argumentos en que fueron efectuados los reparos.

V. CONSIDERACIONES:

Iniciense por advertir que, además de las apelaciones formuladas por las partes, también se decidirá el grado jurisdiccional de consulta, que deviene en beneficio de Colpensiones, conforme al art. 69 del CPT y SS.

1. Presupuestos procesales.

En el caso de la especie, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez, se encuentran reunidos.

2. Problema jurídico.

El núcleo central de la Litis, se ciñe en dilucidar los siguientes aspectos:

Por parte de las demandadas, el problema iuris consiste en (i) Determinar si se configura la excepción de cosa juzgada (ii) si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al accionante Aristóteles Álvarez Macea, impide el reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada y, si es el caso (iii) esclarecer si es obligación de Allianz Seguros S.A., efectuar los aportes a pensión del impulsor (iv) si éste reúne los requisitos de la pensión de vejez, si es así, (v) clarificar el monto de la misma, retroactivo pensional y (vi) los intereses moratorios.

Y por parte del demandante, la cuestión jurídica se traduce en averiguar si (i) es menester condicionar el pago de la pensión de vejez a que previamente se efectúe

el cálculo actuarial y (ii) si el dinero reconocido como indemnización sustitutiva de pensión sea descontado sin ser indexado.

3. Solución al problema jurídico

3.1 Empiécese por señalar, como lo ha resaltado la Corte, que *“para que se predique la existencia de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 303 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del CPTSS, debe existir identidad: (i) de personas o sujetos, esto es, que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida, que corresponde al derecho que se reclama, y (iii) de causa para pedir, es decir, de los hechos que sirven de fundamento al derecho reclamado” (CSJ SL 1686-2017).*

En este sentido, se duelen las convocadas –recurrentes-, que la falladora de primer grado no haya declarado probada la excepción de cosa juzgada, muy a pesar que al demandante se le haya resuelto proceso ordinario laboral anterior, con sentencia negativa a su pretender, de fecha 31 de octubre de 2008, empero, soslayan las quejas que, si bien el petitum es igual, la causa petendi varía en razón al cambio jurisprudencial, lo que constituye a todas luces un hecho nuevo relevante, pues, la normativa que regulaba la subrogación por parte del ISS de las obligaciones pensionales de los empleadores frente a sus trabajadores, al resultar disímil al presente, ello es un asunto que no fue objeto de debate. Luego, ante estos nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, que no fueron materia de análisis o estudio por el juez en aquel primer proceso laboral, no permiten inferir que existe cosa juzgada material.

En efecto, la H. Sala de Casación Laboral, en sentencia **SL142-2021**, señaló que: *“Ahora, en cuanto a la identidad de causa, el Tribunal no ignoró las piezas procesales que informaban sobre un proceso anterior, en el que confluían los mismos hechos analizados. El colegiado razonó que el cambio de jurisprudencia sobre la actualización del ingreso base de liquidación, constituía un hecho nuevo relevante”* y ulterior afirmó que *“Lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal no le dio un alcance equivocado al artículo 303 del CGP, por el contrario, la sentencia estuvo estructurada sobre la base del cambio de criterio jurisprudencial, actualmente sostenido por esta Sala Laboral. Así, no se aprecia yerro alguno en su decisión”*.

De donde deviene que, el cargo de apelación de la cosa juzgada, no se abra paso.

3.2 Ahora, en lo atañadero a la imposibilidad de reconocer la pensión de vejez al actor, cuando ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la censura en tal sentido naufragará, pues, a pesar de la incompatibilidad entre estas dos instituciones, la H. Sala de Casación Laboral (**Sentencias SL1703-2018 y STL17201-2015**), ha precisado que dicha indemnización no excluye la pensión de vejez *«cuando posteriormente se constata que procedía la referida prestación pensional, en tanto vele y se reitera esta es irrenunciable»*, cual aquí aconteció, porque, como quedó puntualizado, el actor causó su pensión de vejez antes del reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

En casos como estos, lo que procede es el reconocimiento de la pensión de vejez y autorizar a COLPENSIONES descontar de la condena, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, lo cual fue dispuesto por la A Quo en la sentencia confutada, descuento que, claramente, contrario a lo reparado por el gestor judicial de la parte accionante, tiene que ser indexado porque ésta-indexación- tiene su fuente en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución y, en aras de corresponder a un igual poder adquisitivo el monto compensado.

3.3. Frente al considerar de Allianz Seguros S.A., de no tener obligación alguna en cuanto al pago de aportes pensionales o de realizar el pago de un título pensional a favor del accionante, en el extremo comprendido desde el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, tenemos que ese disentir interpretativo, fue abordado por las altas Cortes, en pro de suplir la eventualidad de falta de pago de aportes para pensión, por la no cobertura del organismo competente en la zona donde se prestó el servicio; por consiguiente, ante lo vinculante de tal precedente, el sustento de la censura está llamada al fracaso, máxime si no existe disanalogía con el caso sub examine.

Al particular, tanto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (Sentencias SL4590-2018, SL3657-2018, SL2823-2018, SL068-2018, SL1515-2018, SL16251-2017, SL15511-2017, SL4072-2017, SL10122-2017, SL14215-2017, SL17300-2014 y SL9856-2014, entre muchas otras), como de la Corte Constitucional (Sentencias T-429-18; T-410-18; T-396-18; T-337-18; T-254-18 y T-207A-18, entre muchas otras), tienen sentado que al empleador le incumbe la responsabilidad de los aportes en pensión aun en tiempos de no cobertura o llamado a inscripción por el ISS. Esto es lo que la Corte Constitucional denomina en los precedentes invocados, como "*carga de aprovisionamiento*". Amén que, para efectos del reconocimiento de pensiones, a la administradora de pensiones le incumbe contabilizar las cotizaciones dejadas de pagar por el empleador, por cualquier causa, sea por falta de cobertura del sistema o falta de afiliación por omisión pura y simple del empleador (Sentencias SL2927-2018, SL098-2018, SL18906-2017, SL17406-2017, SL10122-2017, SL3892-2016, SL14388-2015, SL8647-2015, SL9856-2014), o por la simple mora en el pago de las cotizaciones (Sentencias CSJ SL3707-2017 rad. 56877, SL4892-2017, SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, CSJ SL 45173, 6 feb. 2013, CSJ SL 907-2013, CSJ SL 5429-2014, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 15718-2015, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 13266-2016 y CSJ SL 15980-2016.CSJ SL y SL, 22 jul. 2008, rad. 34270).

Corolario de lo anterior, es que acertó la A Quo al condenar a Allianz Seguros S.A., en su calidad de empleadora, a pagar el respectivo cálculo actuarial por los períodos cuyas cotizaciones no fueron efectuadas por falta de afiliación del precursor, desde el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, y, que, igualmente, dichos períodos sean contabilizados para determinar la densidad total de las cotizaciones del demandante.

En tal dirección, sumadas las 51,86 semanas que le figuran en el reporte de semanas cotizadas, desde el 04 de septiembre de 1972 hasta el 01 de septiembre de 1973,

más las 617,43 cotizadas desde el 01 de noviembre de 1973 hasta el 31 de agosto de 1985 y las 372,64 dejadas de pagar por falta de afiliación, desde el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, se desprende que el propulsor tiene un total de 1.041,93 semanas.

Luego, se denota que el demandante es beneficiario del régimen de transición, dado que no hay duda que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, tenía más de 40 años de edad, pues nació el 16 de octubre de 1945, conforme a su registro civil de nacimiento, contando, entonces, con 48 años, para el 01/04/1994, por lo que, se itera, fue beneficiario del régimen de transición.

En ese orden de cosas, se tiene que el accionante reunió los requisitos de la pensión de vejez, bajo el prisma del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, porque, concretamente el 16 de octubre de 2005, causó la pensión de vejez del Decreto en comento, pues, a dicha data, contaba con los 60 años de edad y 1.041,93 semanas, acreditando, así un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo, como requisito.

Ahora, el ingreso base de liquidación se promedia de los salarios que cotizó el actor en los 10 años anteriores, que conforme a su historia laboral corresponde a los ciclos comprendidos entre septiembre de 1975 y agosto de 1985, y, atendiendo a las consignaciones básicas mensuales registradas por su empleador, en tal sentido, se tiene un IBL de \$2.561.938, conforme la tabla anexa, siendo que al aplicar la tasa de reemplazo del 75%, correspondiente al acuerdo 049 de 1990, por el número de semanas, arroja como resultado de la primera mesada pensional, la suma de \$1.916.963 y no \$1.921.454, como fue fijado en primera instancia, a partir del 16 de octubre de 2005, teniendo derecho a las mesadas ordinarias, incluso a la mesada 14 en los términos del acto legislativo 01 de 2005.

Es de advertir que, se vislumbran mesadas prescritas, atendiendo que la reclamación administrativa fue efectuada el 7 junio de 2006 y que posteriormente formuló demanda ordinaria laboral en el año 2007, siendo que hasta la interposición de la presente acción laboral, transcurrió el término prescriptivo, pues la que dio origen al presente proceso se presentó el 3 de julio de 2018, por lo que no se visualiza error, el que se haya tomado como hito de interrupción este último, vale decir, 3 años hacía atrás, afectándose por prescripción las mesadas anteriores al 3 de julio de 2015, por ende, no encuentra reparos la Sala al cálculo del retroactivo pensional establecido por la A Quo, ya que, se itera, el mismo va desde el 3 de julio de 2015, hasta que se efectúe el pago, por lo que conforme a la liquidación correspondiente, con base al I.P.C., a esa fecha, la mesada corresponde es a \$2.823.757 y no \$2.830.372, como había sido señalado por la sentencia fustigada.

Se relieva ahora que, la falladora de primer nivel, no condenó a los intereses moratorios, lo cual no dilucidará la Sala, dado que ello no fue apelado, por lo que impuso la indexación, la cual se recaba, está ajustada a derecho.

Frente al reparo de la parte demandante, de que se haya condicionado el beneficio pensional a que previamente Allianz Seguros S.A., pague a Colpensiones, vía calculo

actuarial, los aportes por los periodos trabajados, entre el 02 de junio de 1965 hasta el 03 de septiembre de 1972, se indica que está llamado a prosperar dicho disenso, en la medida que no es menester que la afianzadora, efectúe primero el pago del correspondiente calculo actuarial, porque en esta tesitura es obligación de Colpensiones hacer el recobro. Es así que descuella que efectivamente la Juez A Quo, en el numeral sexto de la sentencia impugnada, supeditó el reconocimiento de la pensión de vejez del actor, a que Colpensiones recibiese primero por parte del empleador el cálculo actuarial, siendo que el trabajador no puede cargar con tales circunstancias.

Finalmente, ante el reparo de Allianz Seguros S.A., de que si bien se ordena a Colpensiones realizar el cálculo actuarial, y que no se establece por el Juzgado el ingreso base de cotización de cada periodo desde el año 1965 hasta septiembre del año 1973, es de aclarar por este Colegiado que, el mismo corresponde es al ingreso efectivamente percibido por el periodo omitido, es decir, el último salario devengado por el trabajador en el periodo omitido conforme a la interpretación del artículo 4º del Decreto 1887 de 1994.

Ergo, en virtud del grado de consulta a favor Colpensiones y por prosperar parcialmente los reparos de la parte demandante, se modificará el numeral sexto de la sentencia confutada, en el sentido de señalar que la cuantía inicial de la mesada es de \$1.916.963 y que el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, no está sometido a que Colpensiones, previamente reciba el valor del cálculo actuarial por parte de Allianz Seguros S.A.; también se modificará el numeral séptimo, en el sentido que la mesada pensional reajustada para el año 2015, asciende a la suma de \$2.823.757 y, se confirmará en lo demás el veredicto sub judice, sin que acá haya lugar a condenar en costas, por no aparecer causadas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ARISTOTELES ÁLVAREZ MACEA contra COLPENSIONES y ALLIANZ SEGUROS S.A, en el sentido que, la cuantía inicial de la mesada es de \$1.916.963 y, que el reconocimiento de la pensión de vejez a Aristóteles Álvarez Macea, no debe supeditarse a que Colpensiones, previamente reciba el valor del cálculo actuarial por parte de Allianz Seguros S.A.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada en el sentido que, la mesada pensional reajustada para el año 2015, asciende a la suma de \$2.823.757.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta Superioridad.

QUINTO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

LIQUIDACIÓN I.B.L. ÚLTIMOS 10 AÑOS - ARISTOTELES ALVAREZ							
Desde	Hasta	I.B.C.	Días	índice Inicial Dic Año Anterior	índice Final Dic Año 2004	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
1/09/1975	31/12/1975	7.470	120	0,25	55,99	1.672.981	55.766
1/01/1976	31/07/1976	7.470	210	0,29	55,99	1.442.225	84.130
1/08/1976	31/12/1976	14.610	150	0,29	55,99	2.820.738	117.531
1/01/1977	31/08/1977	14.610	240	0,36	55,99	2.272.261	151.484
1/09/1977	31/12/1977	17.790	120	0,36	55,99	2.766.839	92.228
1/01/1978	31/08/1978	17.790	240	0,47	55,99	2.119.281	141.285
1/09/1978	31/12/1978	25.530	120	0,47	55,99	3.041.329	101.378
1/01/1979	31/08/1979	25.530	240	0,56	55,99	2.552.544	170.170
1/09/1979	31/12/1979	41.040	120	0,56	55,99	4.103.267	136.776
1/01/1980	30/09/1980	41.040	270	0,72	55,99	3.191.430	239.357
1/10/1980	31/12/1980	61.950	90	0,72	55,99	4.817.473	120.437
1/01/1981	31/08/1981	61.950	240	0,9	55,99	3.853.978	256.932
1/09/1981	31/12/1981	54.630	120	0,9	55,99	3.398.593	113.286
1/01/1982	31/12/1982	54.630	360	1,14	55,99	2.683.100	268.310
1/01/1983	31/12/1983	54.630	360	1,41	55,99	2.169.315	216.931
1/01/1984	31/12/1984	54.630	360	1,65	55,99	1.853.778	185.378
1/01/1985	31/08/1985	54.630	240	1,95	55,99	1.568.581	104.572
DÍAS			3600	I.B.L.			2.555.951
TASA DE REEMPLAZO							75%
VALOR MESADA							1.916.963

INCREMENTO DE LA MESADA		
Período	Vr. Mesada Tribunal	I.P.C.
2005	1.916.963	4,85

2006	2.009.936	4,48
2007	2.099.981	5,69
2008	2.219.470	7,67
2009	2.389.703	2,00
2010	2.437.497	3,17
2011	2.514.766	3,73
2012	2.608.567	2,44
2013	2.672.216	1,94
2014	2.724.057	3,66
2015	2.823.757	6,77
2016	3.014.925	5,75
2017	3.188.284	4,09
2018	3.318.684	3,18
2019	3.424.219	3,80
2020	3.554.339	1,61
2021	3.611.564	



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 275-2021

Radicación 23-417-31-03-001-2018-00503-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, trece (13) de agosto dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lórica, dentro del dentro del proceso especial de Levantamiento de Fuero Sindical instaurado por BANCO MUNDO MUJER S.A. frente a MARÍA ANGÉLICA MENDOZA DE AGUSTÍN y con vinculación de las organizaciones sindicales ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS BANCARIOS ASEBANCA y SINDICATO DE TRABAJADORES DEL SECTOR FINANCIERO DE COLOMBIA Y AFINES SINTRAFINGO.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Pretende la actora el levantamiento del fuero sindical de la demandada y, por consiguiente, se le autorice su despido. Asimismo, pide la condena en costas.

1.2. Hechos

Sintetizando lo sustancial, se invoca en el libelo genitor que, el 8 de junio de 2018 la demandada realizaba su labor como cajera principal de la demandante ubicada en Lórica, y, a través de su clave de acceso de usuario de intranet, hubo la extracción de \$2.000.000,00 de la cuenta de la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ. En razón de esto, recaudó un informe, citó a descargos a la demandada, ésta pidió aplazamiento de la diligencia de descargos, la demandante accedió a ese aplazamiento para el día siguiente, pero la demandada no concurrió, no firmaba los citatorios y se abstuvo de dar su versión. Alude como justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo las consagradas en el artículo 7, literal A, causales 4, 5 y 6 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 58, numerales 1 y 4 del CST.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y efectuadas las diligencias de notificación:

(a) La demandada se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la relación laboral; y, cobro de lo no debido.*

(ii) La curadora ad litem de las organizaciones sindicales vinculadas, al descorrer el traslado del libelo inicial, manifestó oponerse a las pretensiones, al señalar que carecen de fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos.

2.2. En el desarrollo de la audiencia del artículo 114 del CPTSS, se acogieron las pruebas documentales aportadas con los escritos de demanda y contestación a la misma; y, se recibieron los testimonios de GERSÓN ANDRÉS PAZ CERÓN, ANDRÉS MAURICIO GIL, APARICIO COLONIA SERNA y AVIER BOLAÑO MARQUEZ (solicitados por la parte demandante), JORGE ARMANDO DE HOYOS LOPEZ-SIERRA, YULENIS CONTRERAS BALLESTEROS y MÓNICA MIRLETH MÁRQUEZ MADRID (solicitados por la demandada).

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de la sentencia apelada el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar que, no obstante de haber existido a instancia de la demandada la extracción anómala de los \$2.000.000,00 de la cuenta de la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ, la demandante le desconoció de

forma flagrante el debido proceso disciplinario, pues no accedió a la petición relacionada con el segundo aplazamiento de la diligencia de descargos, siendo que el motivo de esa solicitud no obedecía a razones caprichosas, sino a que el apoderado de la demandada tenía para la misma fecha de la diligencia de descargos (5 de julio de 2018), una diligencia de carácter judicial en el Juzgado 63 Administrativo del Circuito de Bogotá, por lo que se debió reprogramar la mentada diligencia de descargos e incluso pronunciarse sobre esa solicitud de aplazamiento, y, al no hacerse así, se le cercenó la oportunidad de controvertir los cargos y de pedir y aportar pruebas.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Aduce el vocero judicial de la parte demandante que se valoró indebidamente la prueba documental y testimonial, porque, afirma, de la misma surge que a la demandada se le informó de forma detallada los hechos y los cargos, lo que le permitía construir sus respuestas y oposiciones, pero en todas las oportunidades ella se negó a firmar los citatorios, siendo una actitud tendiente a entorpecer el procedimiento. Que el juez, pese a aceptar la conducta anómala de la demandada, acude a la violación del debido proceso sujetándolo a un procedimentalismo riguroso que ni siquiera los precedentes judiciales en los que se apoya lo exige; que ese formalismo exagerado se convierte en un abuso del derecho, dejándose sin sanción unas conductas absolutamente reprochables.

IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 117 del C.P.T y la S.S, lo que procede es dictar de plano la correspondiente sentencia en segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez están presentes y, además, no ha sido discutidos por las partes. Se desatará, entonces, de fondo la apelación de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a autorizar a la parte demandante dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa a la demandada. Para tal efecto, se ha de establecer: **(ii)** si cabe predicar la violación del debido proceso a la demandada; y, **(iii)** si quedó acreditado algunas de las causales de terminación unilateral del contrato por justa causa por parte del empleador.

Previo a dilucidar los anteriores interrogantes, se puntualizará lo relativo a la existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada.

3. La existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada

Las partes no discuten la existencia del contrato de trabajo, ni el fuero sindical del que goza la demandada por estar afiliada al sindicato Asociación Nacional de Empleados Financieros y Afines –ASEBANCA– y ser actualmente la secretaria de la Junta Directiva en la sede de Lorica. Por consiguiente, estos hechos están por fuera de debate, razón por la cual se estiman probados.

4. El debido proceso en el caso

4.1. El A quo, pese a afirmar que existió a instancia de la demandada la extracción anómala de los \$2.000.000,00 de la cuenta de la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ, negó las pretensiones de la demanda, al estimar que la demandante le desconoció a la demandada de forma flagrante el debido proceso disciplinario, por la razón de no haber accedido a la petición relacionada con el segundo aplazamiento de la diligencia de descargos, siendo que el motivo de esa solicitud no obedecía a razones caprichosas, sino a que el apoderado

de la trabajadora tenía para la misma fecha de la diligencia de descargos (5 de julio de 2018), una diligencia de carácter judicial en el Juzgado 63 Administrativo del Circuito de Bogotá, por lo que, afirma, se debió reprogramar la mentada diligencia de descargos e incluso pronunciarse sobre esa solicitud de aplazamiento, y, al no hacerse así, se le cercenó la oportunidad de controvertir los cargos y de pedir y aportar pruebas.

4.2. A su turno, el apoderado de la parte demandante, al sustentar la apelación, arguye que el juez, pese aceptar la conducta anómala de la demandada, acude a la violación del debido proceso sujetándolo a un procedimentalismo riguroso que ni siquiera los precedentes judiciales en los que se apoya lo exige; que ese formalismo exagerado se convierte en un abuso del derecho, dejándose sin sanción unas conductas absolutamente reprochables; y, que a la demandada se le informó de forma detallada los hechos y los cargos, lo que le permitía construir sus respuestas y oposiciones, pero en todas las oportunidades ella se negó a firmar los citatorios.

4.3. Pues bien, empíese por señalar que el despido no es una sanción disciplinaria, a menos que así se establezca en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en convención o en cualquier acuerdo extralegal. Por ende, si el despido no es una sanción ni se le da ese carácter en los aludidos actos jurídicos, no hay necesidad de agotar un procedimiento disciplinario previo para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, ni tampoco la necesidad de aplicar el

artículo 115 del CST que impone citar también a la diligencia de descargos a dos representantes del sindicato al que pertenece el trabajador.

Las anteriores afirmaciones corresponden a la genuina jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional (Vid. Auto A342-18 y Sentencias T-014-18 y T-075A-11) como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Vid. Sentencias SL735-2021, SL679-2021, SL496-2021, SL1396-2021, SL8307-2017, entre otras).

4.4. Así que, las garantías que le asiste a un trabajador frente al despido que no se le ha dado carácter de sanción disciplinaria, pero que hinca el empleador en una justa causa, por regla general, se limitan a: (i) expresar al trabajador las causales y motivos para el despido, sin que sea posible alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; (ii) proceder con inmediatez, es decir, realizar el despido dentro de un término prudencial o razonable desde cuando se tuvo conocimiento de los hechos; y (iii) la configuración de alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.

Sin embargo, a pesar que el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo no corresponde a una sanción disciplinaria, salvo que así se haya previsto, lo cierto es que, para algunas causales –no todas– de terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, se ha establecido que, previamente aquél escuche al

trabajador, sin que ello comporte mayores formalismos, habida cuenta que esa obligación (oír previamente al trabajador) «*se puede cumplir de cualquier forma*». Así, en sentencia SL2351-2020 expresó la Honorable Sala de Casación Laboral:

“En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. **En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma**, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°”. Se destaca.

Es decir, en el evento señalado (despido sin el carácter de sanción disciplinaria), de lo que se trata es imponer a las partes un diálogo previo, más no un procedimiento formal previo, y, repítase, no es obligación que impere para todas las causales:

“En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad

para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica”. (Vid. CSJ sentencia SL2351-2020).

4.5. Y, en punto de un trabajador aforado, la situación no varía mucho cuando no se le ha dado al despido el carácter de sanción disciplinaria, así se tenga previsto por el empleador un procedimiento disciplinario para imponer sanciones (no despidos). Lo único a tener en cuenta para esta clase de trabajadores, es que, previamente ha de ser oído (lo cual puede ser de cualquier forma) y acudir al juez laboral para que, mediante sentencia definitiva, califique la justa causa, y, en consecuencia, ordene el levantamiento del fuero y la autorización para despedir al trabajador.

Lo anterior se desprende del Auto 342-18 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, a través del cual se resolvió una nulidad contra la sentencia T-014-18, que, al igual de lo aquí acontecido, versó sobre el despido de un trabajador de un banco que gozaba de fuero sindical, y que, a pesar de tenerse previsto y regulado en la convención colectiva, un

procedimiento disciplinario para imponer sanciones, al despido no se le dio el carácter de sanción disciplinaria. Así discurrió la guardianiana de la Carta en la mentada providencia:

“Así, es claro que el solicitante plantea un argumento basado en una lectura descontextualizada y subjetiva del salvamento de voto y de la Sentencia C-299 de 1998; y, a partir de ello, extrae consecuencias jurídicas no previstas por la jurisprudencia constitucional. Ni el salvamento de voto referido ni la decisión mencionada aluden a la existencia de un precedente –menos de una línea jurisprudencial– que precise que el despido constituye una sanción disciplinaria que haga exigible al empleador que este adelante el procedimiento disciplinario previo al despido anhelado por el solicitante. Por el contrario, tal como se advirtió en la Sentencia T-014 de 2018, la jurisprudencia constitucional y la ordinaria laboral han exigido que, previo al despido, se garantice el derecho al debido proceso del trabajador, que no un proceso disciplinario, como pretende el solicitante. Debido proceso que, en el caso de los trabajadores con fuero sindical, implica (i) expresar al trabajador las causales y motivos para el despido; (ii) darle la oportunidad de pronunciarse frente a ellos; y (iii) acudir ante el juez laboral para que, mediante sentencia definitiva, califique la justa causa, y, en consecuencia, ordene el levantamiento del fuero y la autorización para despedir al trabajador.

(...).

La Sala Primera no puso en discusión –así como tampoco lo hicieron las partes durante el proceso ordinario y el proceso de tutela– la obligatoriedad de la Convención Colectiva. Todo lo contrario. Tal como advirtió el Tribunal, habida cuenta de que ni la Convención Colectiva ni el reglamento interno de trabajo de Bancolombia disponen que el despido sea una sanción

disciplinaria, la Sala Primera concluyó que el procedimiento disciplinario previsto por dicha norma no era aplicable al caso concreto (...).

(...).

En atención a lo expuesto, para la Sala Plena, en esta oportunidad, el solicitante acude al incidente de nulidad, de manera artificiosa, con la finalidad de discutir, nuevamente, el problema jurídico resuelto por la Sala Primera. Tal como se señaló en los párrafos anteriores, la Sentencia T-014 de 2018, al analizar los presuntos defectos fáctico y sustantivo alegados, concluyó que el despido realizado al señor Campaz Taborda sí garantizó sus derechos al debido proceso y derecho de defensa. Estos fueron satisfechos, por cuanto Bancolombia: (a) le indicó los motivos para dar por terminado el contrato de trabajo; (b) le dio la oportunidad de pronunciarse sobre las imputaciones hechas en su contra; y, (c) condicionó la efectividad del despido a la decisión del juez ordinario laboral, respecto del levantamiento del fuero y la autorización de despido. A esta conclusión se llegó luego de que la Sala Primera determinara, entre otras, que el despido no es una sanción disciplinaria, por lo que el empleador no estaba obligado a adelantar el procedimiento disciplinario previsto por la Convención Colectiva, como pretendía el señor Campaz Taborda”.

4.6. En el presente caso, el A quo, para pregonar la violación del debido proceso, invocó la sentencia de la C-593 de 2014 de la Corte Constitucional. No obstante, dicha sentencia es pertinente para la aplicación del artículo 115 del CST y, por ende, para la aplicación de sanciones disciplinarias, más no para el despido que no se le ha dado la naturaleza de sanción disciplinaria. Al respecto, la Sala

Plena de la Corte Constitucional, en el aludido Auto A342-18 acotó:

“a) Sentencia C-593 de 2014

94. Esta decisión analizó la constitucionalidad del artículo 115 del CST, entre otras disposiciones. En esa oportunidad, la Corte resolvió declarar la constitucional de la disposición, en consideración a que la interpretación constitucional de la norma implica que la imposición de una sanción disciplinaria debe garantizar el debido proceso. Es decir, *“toda sanción impuesta por el patrono debe estar previamente consagrada en el Reglamento, debe ser el resultado de un proceso en el que se haya oído previamente al trabajador, en el cual se le haya permitido presentar pruebas y controvertir las que existiesen en su contra, la decisión debe estar motivada e indicar con claridad las normas de la ley o del reglamento del trabajo en las cuales hayan sido previstas las conductas imputadas y debe definir la responsabilidad del trabajador en la conducta imputada”*.

95. En relación con esta decisión, la Sala Plena debe indicar que, si bien es cierto que la perspectiva del juez de tutela *“no tiene que ser idéntica a las de las decisiones de los fallos de constitucionalidad”*, esta decisión no constituye un precedente aplicable a la Sentencia T-014 de 2018. La sentencia C-593 de 2015 precisó, a la luz del derecho al debido proceso, cuáles deben ser los requisitos que deben garantizarse cuando se aplica el artículo 115 del CST; es decir, el procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias.

96. Por su parte, la Sentencia T-014 de 2018, al analizar los presuntos defectos fáctico y sustantivo alegados, concluyó que el despido realizado al señor Campaz Taborda sí garantizó sus derechos al debido proceso y derecho de defensa. Estos fueron

satisfechos, por cuanto Bancolombia: (a) le indicó los motivos para dar por terminado el contrato de trabajo; (b) le dio la oportunidad de pronunciarse sobre las imputaciones hechas en su contra; y, (c) condicionó la efectividad del despido a la decisión del juez ordinario laboral, respecto del levantamiento del fuero y la autorización de despido. A esta conclusión se llegó luego de que la Sala Primera determinara, entre otras, que el despido no es una sanción disciplinaria, por lo que el empleador no estaba obligado a adelantar el procedimiento disciplinario previsto por la Convención Colectiva, como pretendía el señor Campaz Taborda”.

4.7. Entonces, para aquí predicar la exigencia del empleador de seguir un procedimiento disciplinario a fin de proceder a la terminación unilateral del contrato por justa causa, debió acreditarse que en el contrato de trabajo, RIT, convención o en cualquier otro acto extralegal, se le haya dado el carácter de sanción disciplinaria al despido; prueba esta que no existe en el proceso. En ese orden de ideas, la violación al debido proceso hincada en irregularidades de un previo procedimiento disciplinario para despedir, impone al trabajador la carga de probar, en primer término, que al despido se le ha dado la naturaleza de sanción disciplinaria, y, en segundo término, la regulación de ese procedimiento disciplinario. Estas afirmaciones se desprenden de los siguientes pasajes de precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral:

De la sentencia SL13691-2016:

“se extrae que lo consagrado en dicho Acuerdo Colectivo es el proceso disciplinario a efectos de imponer sanciones, pero no cuando se trate de la ruptura contractual”.

De la sentencia SL8307-2017:

“En este caso, ni la convención colectiva (fol. 160 y ss.) ni el reglamento interno de trabajo (fol. 222 y ss.) contemplaban el despido como una sanción disciplinaria, de manera que, como lo dedujo el Tribunal, la entidad demandada no estaba obligada a seguir el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo, para sanciones de ese tipo”.

Y, de la sentencia SL679-2021:

“no se acreditó en el proceso la existencia en la empresa de un procedimiento previo al despido pactado en el contrato de trabajo, en convención colectiva o reglamento interno que exigiera la presencia de abogado en los eventos en que el trabajador sea llamado a descargos”.

Ahora, de lo narrado por los testigos GERSÓN ANDRÉS PAZ CERÓN, ANDRÉS MAURICIO GIL y AVIER BOLAÑO MARQUEZ (solicitados por la parte demandante), es claro que la parte actora tiene un reglamento de trabajo y en el mismo está previsto un procedimiento disciplinario; empero, no hay la prueba que en ese reglamento de trabajo, ni en ningún otro acto jurídico convencional o extralegal, se le haya dado al despido el carácter de sanción disciplinaria. Asimismo, del dicho de esos testigos se desprende que la entidad demandante acudió a ese procedimiento disciplinario para proceder luego a pedir al juez laboral la

autorización para el despido; empero, al no estar probado la naturaleza de sanción disciplinaria del despido o terminación unilateral por justa causa por parte del empleador, ese acudimiento al procedimiento disciplinario del RIT, no resultaba indispensable, y, bajo tales circunstancias, lo que cabe es verificar los presupuestos necesarios para un despido no sancionatorio, es decir: (i) si se informó al trabajador las causales y motivos para el despido; (ii) la inmediatez; y (iii) la configuración de alguna de las causales del Código Sustantivo de Trabajo. Lo aquí dicho tiene respaldo en el siguiente discurrir de la sentencia SL10255-2017 de la Honorable Sala de Casación Laboral:

“Vale aclarar que aun cuando quedó visto -y el Tribunal de apelaciones así lo reconoció- que el empleador siguió el procedimiento disciplinario previsto en el Reglamento Interno de Trabajo al trabajador recurrente, en el cual investigó la pérdida de una caja y las consecuencias contractuales de ello, la Sala en diversidad de oportunidades ha sentado de tiempo atrás que en principio el despido no es una sanción, a menos que extralegalmente así se haya pactado, como lo indicó esta Corporación, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394, CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148 y CSJ SL, 24 ago. 2016, rad. 52134.

Ello, toda vez que el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

Revisado el Reglamento Interno de Trabajo obrante en el expediente, del cual el recurrente se duele de no haber sido valorado en debida forma, se evidencia que, contrario a lo sostenido por el censor, en dicho documento no se establece el despido como una sanción disciplinaria, de modo que no era exigible al empleador procedimiento previo alguno para la configuración del despido con justa causa.

En efecto, la postura de esta Corporación reseñada con anterioridad, de suyo implica que si de forma extralegal en el presente caso el despido no era una sanción, no requería su ejecución trámite o procedimiento previo alguno, aun cuando en el caso examinado el empleador sí lo llevó a cabo. Así, al agotarse el procedimiento previo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo aun sin ser indispensable, el empleador quedó en la libertad de ejecutar la justa causa de terminación contractual que encontró probada, de forma entonces que le bastó al Tribunal verificar que los hechos y razones que adujo el empleador para finalizar el contrato de trabajo del demandante por justa causa sí tuvieron ocurrencia, lo que precisamente realizó con acierto y deja sin piso el ataque de la censura por la presunta omisión de un *«procedimiento para investigar y sancionar el extravío de una caja»* que es en lo que exactamente hizo consistir el censor el error de hecho atribuido al Tribunal.

4.8. Puestas así las cosas, estima la Sala que se equivocó el A quo en pregonar la violación del debido proceso disciplinario, puesto que, al no estar acreditado que las partes hayan pactado la naturaleza de sanción disciplinaria del despido en el contrato de trabajo, RIT, convención, pacto o cualquier otro acto jurídico extralegal, no era exigencia del empleador acudir a un procedimiento disciplinario previo ni

cumplir los condicionamientos impuestos por la sentencia C-593 de 2014 y el artículo 115 del CST para la aplicación de sanciones disciplinarias. De tal suerte que, lo exigible aquí al empleador, por tratarse de una trabajadora aforada, es: *(i)* si le expresó a ella las causales y motivos para el despido; *(ii)* si le dio oportunidad de escucharla (lo cual puede ser de cualquier forma); *(iii)* la inmediatez; y, *(iii)* si acudió al juez laboral a fin de obtener el permiso para proceder con el despido; presupuestos estos que se cumplieron a cabalidad:

4.8. 1. En efecto, en la misiva del 3 de julio de 2018 que contiene la citación a descargos, la empleadora le dio a conocer de forma clara y expresa los hechos constitutivos de la terminación unilateral del contrato de trabajo, sin que resulte necesario la indicación de las normas legales en que tales hechos encuadran. Así, en sentencia CSJ SL525-2020 la Sala de Casación Laboral, recordó la sentencia CSJ SL11233-2015, que a su vez reiteró lo dicho en las providencias CSJ SL, 21 feb. 2011, rad. 43887 y CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 42288:

“En lo que hace a los requisitos de esta alegación la exigencia legal es que se efectúe ‘en el momento de la extinción’, de aquí que no haya obstáculo para que puedan adoptarse las formas verbal o escrita, pero por obvias razones probatorias es preferible la forma escrita. No se imponen otras condicionantes respecto de la manera como debe expresarse la causa, salvo las que se desprenden de la naturaleza misma del mecanismo, esto es que consista en una manifestación lo suficientemente clara e inequívoca. Por lo tanto, es plausible que se aduzca la justificación así:

a) Citando exclusivamente la norma que la contempla sin indicar el hecho, aunque esta modalidad es riesgosa por la posibilidad que hay de que se incurra en un error jurídico por mala adecuación o por simple yerro en la cita;

b) Expresando escuetamente el hecho que la configura sin ninguna cualificación o innovación normativa, y

c) Manifestando el hecho pero calificándolo jurídicamente o mencionando las normas jurídicas que lo respalden como causal de terminación. Y para esta hipótesis es importante aclarar que cualquier clase de error en la calificación jurídica o en la invocación de los textos de respaldo no invalida la justa causa.

En todo caso lo que importa es que la parte afectada se entere del hecho justificante, sin que constituya requisito el que se le informe acerca de las normas legales, convencionales o reglamentarias que puedan respaldar la causa invocada y menos aún que se señalen con precisión o en forma exhaustiva”.

4.8. 2. Asimismo, la trabajadora tuvo la oportunidad de ser oída, no solo porque fue citada a descargos dos veces (*Vid. págs. 145 – 146 y 154, pdf. 01DemandaIntegral*), sino porque era de su conocimiento los hechos y, en ese sentido, de cualquier forma pudo informarle a la empleadora su versión. Recuérdese que, en sentencia SL15245 de 2014 expresó la Honorable Sala de Casación Laboral:

“No basta con que la empresa **no** haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con

las previsible consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo”. Se subraya y destaca.

4.8. 3. Desde el 12 de junio de 2018, cuando tuvo conocimiento de los hechos por la PQR presentada por la cliente afectada TOMASA FUENTES PÁEZ (*Vid. págs. 135, pdf. 01DemandaIntegral*), hasta el 6 de agosto de 2018 cuando le comunicó a la trabajadora la decisión de acudir a la jurisdicción laboral para hacer efectivo el despido, hay espacio temporal prudencial y razonable (*Vid. Sentencias SL4764-2020 y SL, 24 feb. 2005. Rad. 23832*), habida cuenta que, medio menos de un mes, lapso dentro del cual la parte demandante no sólo citó a descargo a la trabajadora, sino que además debió hacer indagaciones con el objeto no sólo verificar lo narrado por la mencionada cliente, sino también recaudar informes, soportes y efectuar los análisis pertinentes para determinar la trabajadora implicada y el actuar de ésta.

4.8. 4. Por otra parte, la empleadora no ha procedido con el despido, sino que ha acudido a la justicia laboral, a

través del presente proceso, a fin de obtener el permiso judicial correspondiente.

4.8. 9. Finalmente, ha de acotarse que, lo puntualizado con apego a la jurisprudencia constitucional y laboral dan cuenta que no son de recibo las argumentaciones del apoderado judicial de la demandada durante la instancia inicial, relacionadas con irregularidades en la actuación desplegada por la demandante, tales como la ausencia de notificación por aviso ante el hecho de que la demandante no quiso firmar los citatorios, o que no hubo decisión reconociéndole personería, pues tales exigencias ni en los procesos judiciales tienen la fuerza de invalidar las actuaciones procesales, mucho menos lo tendrá en tratándose de actuaciones privadas encaminadas a producir un despido sin carácter sancionatorio.

También se aduce que, la diligencia de descargos fijada para el 5 de julio de 2018 a las 9:00 a.m., debió ser reprogramada para otra fecha, porque para esa data el apoderado de la trabajadora demostró que tenía una diligencia judicial. Al respecto, cabe señalar que, en primer término, se pasa por alto que aquella fecha fue la segunda fijada por la empleadora, dado que la había programado para el día anterior, pero por solicitud de la trabajadora la aplazó para la mentada fecha (5 de julio de 2018); y, en segundo término, cabe recordar que, en principio, la coincidencia de una diligencia o audiencia con otra distinta en la que deba asistir el apoderado de una de las partes, y hasta inconvenientes de salud de aquél, no es motivo suficiente

para acceder al aplazamiento de la misma, porque bien puede sustituir el poder (Vid. Sentencias Vid. STC1790-2018, STC2826-2018, STC4781-2018, STC21423-2017, STC13272-2017 y STC8494-2017).

En fin, no encuentra la sala el desconocimiento del debido proceso, y, por consiguiente, pasa a dilucidar si está acreditada alguna de las causales invocadas por el empleador para proceder a despedir por justa causa a la demandada.

5. Justa causa para la finalización del vínculo laboral

5.1. La empleadora invocó como justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo las consagradas en el artículo 7, literal A, causales 4, 5 y 6 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 58, numerales 1 y 4 del CST, teniendo como supuestos fácticos el hecho de que, el 8 de junio de 2018 la demandada realizaba su labor como cajera principal de la sede de la demandante ubicada en Lorica, y, a través de su clave de acceso de usuario de intranet, hubo la extracción de \$2.000.000,00 de la cuenta de la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ.

5.2. Pues bien, del informe de investigación GSB0077 del 13 de junio de 2018 (*Vid. pág. 140, pdf. 01DemandaIntegral*) y de los testigos GERSÓN ANDRÉS PAZ

CERÓN, ANDRÉS MAURICIO GIL, APARICIO COLONIA SERNA y AVIER BOLAÑO MARQUEZ, se desprende que, en efecto, la conducta de la demandada está seriamente comprometida con la extracción de \$2.000.000,00 de la cuenta de ahorro de la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ, sin la autorización de ésta, el día 8 de junio de 2018, no sólo porque fue a través de su usuario y clave de acceso (la cual es personal y secreta) que se produjo dicha extracción, en fecha en la que la demandada cumplía su labor en la única caja del banco en la sede de Lorica, misma caja de la referida extracción, sino porque además hay hechos que llaman mucho la atención a la Sala, como, por ejemplo, haber requerido a la cliente TOMASA FUENTES PÁEZ la firma de dos comprobantes únicos de transacción cuando era un solo retiro el efectuado (Vid. dicho del testigo APARICIO COLONIA SERNA) y, ante el requerimiento del resumen de movimientos realizados a través del usuario de la demandada del 8 de junio de 2018, solo se hizo ese resumen de los realizados hasta las 10:21, es decir, dejando de anotar la transacción de las 10:54, que corresponde a la extracción de los \$2.000.000,00 de la cuenta de la cliente TOMASA FUENTES, sin autorización alguna por parte de ésta (Vid. dicho del testigo APARICIO COLONIA SERNA).

Entonces, aun haciendo abstracción de los anteriores indicios, y, por ende, no predicar un acto doloso de la demandada, lo que es innegable es que la extracción se hizo desde su usuario y clave personal, de ahí que, por lo menos, ha sido negligente en cumplir con su obligación de mantener aquello en reserva.

5.3. En ese orden de ideas, concluye la Sala que los mentados hechos, en efecto, encuadran, cuando menos, en la causal prevista en el numeral 4° del literal a) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, esto es, en lo que respecta a una grave negligencia que causa peligro a las cosas; y, hasta incluso en la prevista en el numeral 5° ibídem, relativa a acto inmoral cometido en el lugar de trabajo o en el desempeño de las labores. Causales éstas que, no demandan juicio de gravedad, pero que, en gracia de discusión, entra a calificarla la Sala por cuanto no existe la prueba de haberlo hecho la empleadora en el contrato de trabajo y en el RIT. Y, en ese sentido, cabe señalar que, procederes negligentes de operarios de caja de bancos, indudablemente que se estiman de gravedad, porque perjudican la imagen del ente empleador y la confianza del consumidor financiero, como también los bienes de ambos.

5.4. Ahora, no escapa a la Sala que, los testigos JORGE ARMANDO DE HOYOS LOPEZ-SIERRA, YULENIS CONTRERAS BALLESTEROS y MÓNICA MIRLETH MÁRQUEZ MADRID (solicitados por la demandada), afirman que frecuentemente hay descuadre de caja suscitados por interferencia en los equipos desde la sede central o desde otra sede, llegando incluso el testigo ARMANDO HOYOS decir que ello obedece a una persecución sindical.

No obstante, causa perplejidad que aquéllos no se preocupan de reportar por escrito o documentar tales interferencias o irregularidades, arguyendo como única

razón su incredulidad en obtener solución a esa problemática, siendo que no dejan de ser considerables las implicaciones o repercusiones que podrían suscitar descuadres en el arqueo de cajas para los trabajadores de banco operarios de las mismas, y más cuando son descuadres producidos supuestamente de forma deliberada por dependencias del empleador para perseguir a los sindicalizados. Realmente, mucho desconcierto causa que, de ser cierto esa clase de sabotaje y persecución, no le hayan dado la mínima importancia de documentarla, sino conformarse con sustentarla en sus solas afirmaciones.

En cambio, en contraste a tales aseveraciones, el testigo APARICIO COLONIA SERNA, refuta que, para el día de la extracción irregular de dinero de la cuenta de la cliente TOMASA PÁEZ, ninguna incidencia o inconveniente en los equipos de la sede de Lorica fue reportada al área encargada de resolver los mismos.

En fin, la Sala llega a la conclusión de que sí se acreditó causa justa para la finalización unilateral del contrato de trabajo de la demandada, por parte de la demandante.

6. Las excepciones de fondo propuestas por la demandada María Angélica Mendoza de Agustín

La demandada al contestar la demanda propuso las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la relación laboral*; y, *cobro de lo no debido*. Todo lo expuesto a

lo largo de esta providencia es suficiente para concluir que tales excepciones no resultaron probadas.

Se añade que, el hecho de que el contrato de trabajo suscrito por la demandada el 1 de junio de 2009, señala como labor de la demandante la de informadora comercial, lo cierto es que es incuestionable a la luz del dicho de absolutamente todos los testigos, que ella también realizaba las labores en caja, tenía usuario y clave personal para ello, y que, para el día de los hechos, fue la que operó la caja principal en la que se realizó con su usuario y contraseña la extracción anómala de dinero.

No es de recibo entonces las excepciones de mérito arriba mencionadas.

7. Conclusión

Todas las consideraciones expuestas imponen la revocatoria de la sentencia apelada y, en su lugar, autorizar a la demandante a proceder con el despido de la demandada.

8. Costas

8.1. Dado que la parte demandada resultó ser la vencida en el proceso, ha de pagar las costas de la primera instancia a la parte demandante (**Vid. CGP, art. 365-8**). Luego, las

agencias en derecho se fijan en 2 SMMLV, que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, está dentro del primer cuarto de lo que se puede imponer en la primera instancia para los procesos declarativos sin cuantía; y, se acude a ese monto dentro del cuarto mínimo, porque si bien lo discutido fue de mediana complejidad, la labor probatoria de índole testimonial fue considerable, no ha de perderse de vista que la destinataria de la condena en costas es la parte débil de la relación laboral.

8.2. Por el trámite de esta segunda instancia, no se impondrá condena en costas, porque al haberse proferido de plano la sentencia, no hubo intervención de las partes, y, por ende, se estima que no se causaron las costas en este nivel jurisdiccional (CGP, art. 365-8°).

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia apelada, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: AUTORIZAR a BANCO MUNDO MUJER S.A., a despedir a la trabajadora y aquí demandada MARÍA ANGÉLICA MENDOZA DE AGUSTÍN.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

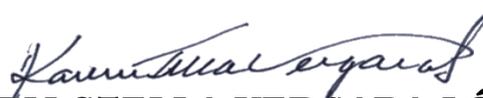
MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARÉN STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA	5
V. CONSIDERACIONES.....	5
1. Presupuestos procesales	5
2. Problema jurídico a resolver.....	5
3. La existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada	6
4. El debido proceso en el caso	6
5. Justa causa para la finalización del vínculo laboral.....	22
6. Las excepciones de fondo propuestas por la demandada María Angélica Mendoza de Agustín ...	25
7. Conclusión.....	26
8. Costas	26
VI. DECISIÓN	27
RESUELVE:	27

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-005-2020-00112-01 Folio 44-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **WILLIAM CESAR BELTRÁN GALINDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, realizada a Porvenir S.A, como consecuencia de lo anterior, declarar que el demandante ha tenido como única afiliación válida la realizada al Régimen de Prima Media, condenar a Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación más los respectivos rendimientos financieros, condenar a Colpensiones a recibir los aportes que traslade Porvenir S.A, y que el actor tiene derecho a que Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumpla los requisitos exigidos.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta el accionante que el 03 de febrero de 1994, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
- Aduce que, con ocasión de la vigencia del nuevo sistema pensional que surgió con la ley 100/93, optó por trasladarse de régimen pensional el 01 de junio de 2001, al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- Alega el demandante que en la fecha que consolidó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por conducto de Porvenir S.A, esta sociedad no le advirtió, indicó, ni informó con documento alguno acerca de las consecuencias negativas, nefastas dañosas de dejar el Régimen de Prima Media y hacer efectivo su traslado al RAIS.
- Afirma que Porvenir S.A, al momento de la afiliación no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir en su cuenta de ahorro individual con finalidad de obtener una pensión de vejez.
- Indica que, el fondo privado no le informó la proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría si se quedaba en el Régimen de Prima Media, hoy Colpensiones, y la que le pagarían en Porvenir S.A.
- Seguidamente, indica que Porvenir S.A, a través de comunicación de fecha 12 de marzo de 2020, le informa que al realizar una proyección pensional del valor de la primera mesada pensional por vejez recibiría aproximadamente \$877.803 a la edad de 62 años, es decir para el año 2029.

- Manifiesta que en fecha 13 de marzo de 2020, presentó solicitud de traslado de régimen ante Colpensiones y en la misma fecha dicha entidad rechazó la petición.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.

En su defensa formuló las excepciones de "inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, buena fe, prescripción, innominada o genérica".

I.III.II PORVENIR S.A: No dio contestación a la presente demandada.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Porvenir S.A, como consecuencia, condenó a Porvenir S.A, a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación del demandante, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, gastos de administración, rendimiento financiero incluido, declaró que el demandante conserva la condición de afiliado a Colpensiones y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo expuesto por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un

traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los pro y los contra de cada régimen pensional, y en el presente caso no existe prueba que acredite que se brindo esa información requerida al demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a fin de que se revoque y se absuelva a su defendida, su inconformidad radica en el hecho de que la administradora de pensiones Colpensiones se vea inmersa en la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, teniendo en cuenta que su defendida fue ajena a las circunstancias, nunca intervino en la voluntad del demandante de trasladarse de régimen, afiliación o traslado que gozan de plena validez, pues no se evidenció ningún factor determinante que condujera a pensar que su consentimiento estuviera viciado, el cual se produjo de manera libre y voluntaria conforme a lo dispuesto en la Ley.

Así mismo, indica que el demandante pudo ejercer su derecho de retracto tal como lo establece la normatividad vigente, y que al demandante le es imposible cambiarse de régimen por faltarle menos de 10 años para obtener la pensión de vejez.

En relación a la condena en costas solicita que se absuelva a su defendida de la imposición de las mismas, en atención a que Colpensiones no tuvo implicación alguna en el acto de traslado objeto de controversia. En este sentido deja sentado su recurso de apelación.

III.II PORVENIR S.A.

Manifiesta la apoderada judicial de Porvenir que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia indicando que la afiliación realizada por el demandante en el año 2001, goza de plena validez, toda vez que fue producto de una decisión libre e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público que se presume autentico bajo la declaración escrita que tiene la norma.

Ahora bien, durante su vinculación al demandante se le garantizó su derecho al retracto, ello teniendo en cuenta que para el año 2004, mas exactamente el 14 de enero se publico en el diario el tiempo un comunicado de prensa en donde se informaban las posibilidades con que contaban los afiliados que hubiesen realizado traslados para el tiempo posterior a la ley 100/93 de trasladarse de régimen de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. En gracias de discusión llama la atención que la parte demandante solo después de casi 19 años de la suscripción de la afiliación con Porvenir alegue un presunto vicio del consentimiento, cuando tuvo amplios periodos del tiempo para solicitar ampliación de información, expresar inconformidad o solicitar el traslado de régimen, sin embargo, ahora que se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en el literal e del artículo 13 de la ley 100/93, modificado por la ley 797 de 2003, argumente que fue engañado o que no se le dio la información pertinente.

En lo referente a los emolumentos económicos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado a la cual fuimos condenados me permito presentar inconformidad toda vez que en la norma se establece cuales son los emolumentos que son procedente a devolverse en caso de traslado de régimen pensional, la condena de los gastos de administración no es procedente, ya que no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. Adicional a ello, resalta que el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, mas exactamente pedida el 17 de enero del año 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado. En ese sentido, deja sentado su recurso a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, hicieron uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en su recurso de apelación y solicitando que sea revocada la sentencia.

De otra parte, la apoderada judicial de la parte demandante, solicita que se confirme la sentencia, acogiendo los argumentos expuestos por el Juez de Primera Instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuales son las consecuencias de la ineficacia **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada Colpensiones.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL1689-2019, Radicado N° 65791, Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se dijo:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PORVENIR S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el

derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por PORVENIR S.A, administradora a la que se afilió el actor, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo. Así mismo, alega la apoderada judicial de Porvenir S.A, que en fecha 14 de enero de 2004, se publicó en el diario el tiempo un comunicado de prensa en donde se informaban las posibilidades con que contaban los afiliados que hubiesen realizado traslados para el tiempo posterior a la ley 100/93, circunstancia que no da cuenta que al momento del traslado efectuado por el demandante, la AFP Porvenir S.A, cumpliera con su deber de proporcionar la información necesaria sobre las implicaciones de abandonar el régimen de prima media y las consecuencia que esta decisión tenía a futuro, así mismo, las ventajas y desventajas de realizar dicho traslado, razón por la cual, no son de recibo los argumentos planteados por el recurrente.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que PORVENIR S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otra parte, se observa que el recurrente alega que no se deben regresar los gastos de administración, por ello, es importante resaltar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada 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; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, se tiene que la jurisprudencia ha sido clara en indicar cuales son las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, entre ellas se encuentra la devolución de los aportes con sus rendimientos financieros, y gastos de administración, debidamente indexados.

Finalmente, respecto a lo manifestado por la apoderada judicial de Porvenir S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto de 20191522169-003-000 de 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los procesos de nulidad las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, indicó:

"Adicionalmente, es pertinente recordar que los efectos que conlleva la nulidad de traslado con ocasión del incumplimiento del deber que les asiste a las administradoras de suministrar la información necesaria para que el afiliado tome una decisión libre y veraz en los términos descritos con anterioridad, son la procedencia de la devolución de los valores que el determinado fondo hubiera recibido, entre otras, las cotizaciones, los bonos pensionales si fuere del caso, además de los rendimientos e intereses que se hubieren causado.

No está de más aclarar que dicha situación no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna.

Así fue consignado en sentencia CSJ SL, 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde concretamente se dijo:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...] 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.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán

asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, no son de recibo los argumentos expuestos.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**. En ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

“Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T”

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda. Por tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por último, condenar en costas a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, dado que hubo réplica al recurso de apelación, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la República y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

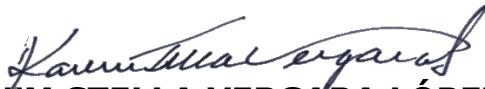
PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho, a cargo de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARÉM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-001-2019-00327-01 Folio 64-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ALBA INES RODRIGUEZ SANCHEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare nulo e ineficaz el traslado y afiliación del Régimen de Prima Media administrado hoy por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de 01 de abril de 1998; en consecuencia, ordenar a Colfondos S.A, a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de su ahorro individual; ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales realizados en Colfondos S.A; y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que se afilió al extinto Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones en fecha 05 de octubre de 1987.
- Aduce que, el día 01 de abril de 1998, se trasladó al fondo de pensiones Colfondos S.A.
- Alega la demandante que su traslado se efectuó sin brindarle la debida asesoría y que fue engañada por que le manifestaron que en ese fondo se podía pensionar sin importar la edad con mesada superior a la que le correspondería en el ISS y que este se acabaría.
- Afirma que no recibió por parte de Colfondos S.A, la información precisa y correcta sobre los efectos que se produjeron con el cambio de régimen pensional.
- Indica que, el día 06 de junio de 2019, solicitó a Colfondos que la trasladará al fondo de pensiones administrado por Colpensiones.
- Afirma que Colfondos S.A, mediante escrito de fecha 25 de junio de 2019, negó el traslado a la AFP Colpensiones.
- Seguidamente, indica que el 30 de agosto de 2019, solicitó a Colpensiones que recibiera su traslado de Colfondos S.A, y Colpensiones negó su solicitud.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables.

En su defensa formuló las excepciones de *"buena fe, prescripción, falta de consentimiento o autorización para traslado a régimen privado, innominada o genérica"*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto a los hechos 1º, 2º, 9º y 10º no le constan, los demás los tuvo como ciertos; no se opuso a las pretensiones, y no presentó excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, en consecuencia, condenó a Colfondos S.A, a devolver a Colpensiones las cotizaciones como aportes en pensión, rendimientos financieros, bonos causados y gastos de administración; condenó a Colpensiones a recibir los valores antes relacionados a favor de la demandante; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, a fin de que el superior se sirva revocar la condena. Teniendo en cuenta que se resolvió decretar la condena en costas en contra de su representada con la cual no se encuentran

conforme, toda vez que no hay lugar a esta condena debido a que la entidad a la que representa no participo del hecho en disputa. Por lo cual, no provocó el conflicto jurídico.

El despacho resolvió decretar la ineficacia de la afiliación de la parte demandante ante el régimen de ahorro individual, y como consecuencia, de ello ordenó su retorno y/o traslado al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, pretensión que no tenía vocación de prosperar en razón de las siguientes consideraciones, se destaca que en el presente caso la relación al referido traslado de régimen pensional una vez cerrado el debate probatorio no quedo acreditado en el mismo que estuviera viciado el consentimiento, razón por la cual se presume que aquel se efectuó contándose con la libre decisión por parte del demandante como lo exige la ley.

De conformidad con lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la parte actora tuvo la oportunidad de solicitar su retorno al régimen de prima media con anterioridad al presente proceso judicial, sin embargo, opto por seguir efectuando sus aportes en pensión a través de la AFP Colfondos S.A. En el evento de considerar que la condena que reposa en la sentencia objeto de apelación se sirva confirmar la sentencia en su integridad excluyendo la condena en costas, de forma que la AFP Colfondos traslade los aportes que tenga el demandante, bonos pensionales, y todos sus frutos e intereses.

III.II COLFONDOS S.A.

Manifiesta el apoderado judicial de Protección que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia a fin de que se revoque el numeral quinto, que se refiere a la condena en costas a Colfondos S.A, considera que el despacho no aplicó correctamente el artículo 365 del CGP que habla de la condena en costas, por lo que no le asiste razón al Juez de primera instancia cuando considera que la condena en costas se interpone por actuaciones anteriores al inicio de este proceso, toda vez que solamente hay condena en costas para las actuaciones que se dan dentro del proceso judicial, es decir, este proceso laboral, en el hecho de que exista controversia, es decir, que haya oposición a las pretensiones, excepciones de fondo, excepciones previas, recurso de apelación, queja, suplica, nulidad, de esta forma es que se impone la condena en costas, no se tiene

en cuenta las actuaciones anteriores, sino la que está dentro del proceso. Bajo estas circunstancias solicita que se revoque la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, hicieron uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en su recurso de apelación. De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante, guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar*

cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, administradora a la que se afilió la actora, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendadas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL

361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Colfondos S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

Ahora bien, frente a lo alegado por el apoderado judicial de Colfondos S.A, es pertinente indicar que efectivamente dicha entidad no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, por lo que no se presentó controversia en el presente asunto, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, no habría lugar a condenar en costas a la misma, contrario a lo aducido por el Juez de primera instancia, al condenar en costas a la demandada desacertadamente por actuaciones anteriores al presente proceso. Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia, en su lugar, se absolverá a Colfondos S.A, de la condena en costas impuestas.

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación, además, la apelación de Colfondos S.A prosperó y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Por último, el Dr. José David Morales Villa presenta sustitución de poder a favor de la Dra. Linda Emperatriz López, por lo anterior, en virtud de los

artículos 74 y 75 del C.G.P, se procederá a reconocer personería a la señora abogada.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, absolver a la demanda Colfondos S.A, de la condena impuesta, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

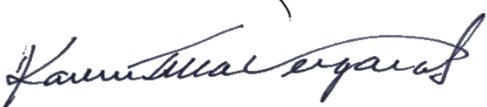
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

QUINTO: RECONÓZCASELE Y TENGASE a la Dra. Linda Emperatriz López Fabra, identificada con la C.C. N° 1.067.935.889 y T.P. N° 314.696 del CSJ como apoderada sustituta de la entidad demandada Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO**

Expediente 23-001-31-05-004-2020-00245-01 Folio 94-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **IBET LOBO CONDE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A** y el **MUNICIPIO DE SAN ANTERO**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia, condenar a Colfondos S.A, a trasladar todos los valores aportados, junto con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales contenidos en su cuenta de ahorro individual, ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes que se hayan realizado al Régimen de Ahorro Individual, y reintegrarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenar a la Alcaldía de San Antero depositar al fondo de pensiones los aportes que dejó de cotizar y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que fue afiliada en el año 1988 al Instituto de los Seguros Sociales hoy administrado por Colpensiones.

- Aduce que, posteriormente fue vinculada como promotora de salud en el Municipio de San Antero, en fecha 05 de mayo de 1996, y continuó afiliada al Instituto de Seguros Sociales.
- Alega la demandante que su empleador Alcaldía de San Antero trasladó sus aportes a Colfondos, sin ninguna información, consentimiento o asesoría sobre las ventajas o desventajas que traería ese traslado.
- Afirma que no le aparecen completas sus semanas cotizadas en su historia laboral.
- Indica que, en su historia laboral debería reposar todas las semanas cotizadas que condenó el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Montería-Córdoba, debido a un proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
- Afirma que la condena anterior no se ha cumplido a cabalidad, debido a que no se encuentra saldada la seguridad social.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la actora al momento de trasladarse de Régimen, y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción"*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda su apoderado judicial manifestó respecto a los hechos 1º,2º,5º son ciertos; los hechos 3º, 4º,6º,7º,8º no le constan, y el 9º y 10º no son hechos, sino una pretensión; no se opuso a las pretensiones, y no presentó excepciones.

I.III.III MUNICIPIO DE SAN ANTERO: Se tuvo por no contestada la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas, declaró la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima

Medial al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A, el día 31 de octubre de 1996, en consecuencia, ordenó a Colpensiones recibir como afiliada a la actora, ordenó a Colfondos S.A, realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la actora, absolvió al Municipio de San Antero de las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de Primera Instancia indicó que la decisión es favorable a los intereses de la demandante en lo que concierne a la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado, ello teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia sobre la teoría de la información documentada, la cual consiste en el deber que tienen los fondos de pensiones en el sentido de brindar una información detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional. En ese orden, el Juez de instancia indicó que en el presente asunto Colfondos S.A, no acreditó haber suministrado toda la información requerida al momento del acto de traslado de régimen de la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

El apoderado judicial de Colpensiones interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en el entendido de que en el acto de traslado no hubo ningún tipo de participación por parte de Colpensiones, motivo por el cual se debe considerar a Colpensiones como un tercero en el presente asunto, es claro que la demandante hizo uso de su voluntad de mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos, y que fue ella y Colfondos los únicos intervinientes en el acto de traslado que dio ocasión a su afiliación al Régimen de Ahorro Individual.

Del mismo modo, la demandante no hizo uso de la facultad de retracto de acuerdo a la normatividad vigente, así mismo, solicita a los Honorables Magistrados que se considere la posibilidad de que sea el fondo privado quien asuma todas las solvencias, gastos que le aplique este traslado o esta ineficacia a la que está accediendo el despacho, teniendo en cuenta que fue el fondo privado quien recibió a la demandante en principio como afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que en el acto de traslado no participo Colpensiones y no hubo ningún tipo de injerencia, por lo que considera que debe ser el fondo privado quien asuma el pago de las prestaciones que se generen de la declaratoria de la nulidad, es decir, que debe condenarse al fondo privado otorgar los derechos y beneficios a la afiliada en la forma en que le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con los beneficios respectivos a los que habría lugar en el régimen que administra su defendida.

Igualmente, manifiesta que la actora cuenta actualmente con 57 años, por lo que le es improcedente acceder por vía administrativa a la afiliación incoada por ella, toda vez que por mandato expreso de la norma no se permite acceder a la solicitud. Del mismo modo, no se evidencia ningún tipo de vicio del consentimiento al realizarse el acto de traslado.

Así mismo, aclara que Colpensiones actuó de buena fe, y siempre cumpliendo con la ley a cabalidad, por lo que no debe verse afectada por el fallo emitido, e incluso no se debe condenar en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal, reiterando lo indicado en su recurso de apelación. De otro lado, la apoderada judicial de la demandante indica que no se encuentra demostrado que el fondo privado hubiese suministrado la información necesaria, por lo que solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9

de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en

donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, administradora a la que se afilió la actora, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercerse en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

Por otro lado, se observa que el recurrente alega que sea considerada la posibilidad de que la AFP Colfondos S.A, otorgue los derechos y beneficios a la afiliada en la forma como le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada 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; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que la afiliada 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, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el apoderado judicial de Colpensiones.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuesta por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y cargo de Colpensiones, dado que hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas según la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARÉM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-005-2020-00045-01 Folio 97-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Protección, contra la sentencia de fecha quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ALVARO AUGUSTO REGINO MONTES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare que la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos efectuado el día 16 de junio de 1994; así mismo, declarar nulo el traslado efectuado de la AFP Colmena, hoy protección el día 26 de julio de 1995; condenar a Protección S.A, trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración a Colpensiones; ordenar a Colpensiones a recibirlo como afiliado y recibir sus aportes sufragados a Protección, con sus respectivos rendimientos y

gastos de administración; indexar las condenas y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que labora en el Municipio de Montería desde el 03 de junio de 1992 hasta la fecha.
- Aduce que, desde el momento en que inició la relación laboral con su empleador se afilió y cotizó al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.
- Alega el demandante que Colpensiones autorizó traslado al RAIS administrado por Colfondos, en fecha 16 de junio de 1994.
- Afirma que realizó nuevamente afiliación a Colmena, hoy Protección.
- Indica que, al momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección lo indujeron en error, no le suministraron la información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.
- Seguidamente, indica que la AFP Colfondos y Protección, ocultaron información respecto del capital que debía ahorrar para una pensión de vejez, de igual forma, omitió el deber del buen consejo del fondo que le convenía.
- Manifiesta que al momento de la afiliación el fondo faltó al deber de brindarle una información clara, precisa y concreta de las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional.
- Arguye que al trasladarse de régimen pensional se desmejoró su derecho pensional.

- Alega que, presentó solicitud de traslado ante Colpensiones en fecha 05 de febrero de 2020, la cual fue desatada en forma negativa.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de “inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, prescripción”.

I.III.II PROTECCIÓN S.A: Al contestar la demanda respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas en cuanto pueda afectar a su representada, siendo esta un tercero de buena fe; no existe razón para anulación de cambio de AFP, ya que se hizo conforme a derecho.

En su defensa formuló las excepciones de “*inexistencia de razones para la anulación del acto de traslado de AFP, prescripción, buena fe, compensación e innominada o genérica.*”

I.III.III COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda manifestó que no se opone a las pretensiones, y no presentó excepciones de fondo.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por el actor del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada Colfondos S.A, y como consecuencia de ello, queda sin efecto el traslado entre la AFP Colfondos S.A, y Colmena hoy Protección; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a Protección S.A, a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación del demandante, tales como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexados, durante el tiempo que permaneció en el fondo; ordenar a Colpensiones tener al actor como su afiliado, dando validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de Protección S.A, con los rendimientos financieros, bono pensional si tuviere y demás emolumentos y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reitera lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; y una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario no se evidencia que las AFP Colfondos y Protección brindaran la información requerida para el acto de traslado efectuado por el actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la decisión, su inconformidad radica en que Colpensiones se vea inmerso en la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, teniendo en cuenta que Colpensiones fue ajena a dicha circunstancia, nunca intervino de manera alguna en la decisión adoptada por el demandante de trasladarse de Régimen, traslado que a su parecer gozó de plena validez, pues no se evidenció ningún factor determinante que condujera a pensar que su consentimiento estuviera viciado, el cual fue de manera libre y voluntaria al ser el acto de traslado un acuerdo de voluntades en el que estuvieron involucradas las partes que en el intervienen.

Ahora, quedo demostrado que el traslado gozó de validez, totalmente del acto y consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho

de haber permanecido durante tanto tiempo a Colfondos y luego Protección, y haberse abstenido de solicitar el retorno a Colpensiones, llevando a pensar con sus actuaciones, que quería permanecer en el régimen pensional al cual había emigrado voluntariamente, en aras de aspirar a un mejor derecho pensional. Así mismo, el demandante pudo ejercer su derecho de retracto, conforme a lo establecido en la norma.

Respecto a la condena en costas impuesta a Colpensiones solicita que se absuelva a su defendida, teniendo en cuenta que el acto de traslado objeto de controversia Colpensiones no tuvo implicación algún, así mismo, en el curso del proceso actuó de buena fe.

III.II PROTECCIÓN S.A.

Manifiesta la apoderada judicial de Protección que interpone recurso de apelación de manera parcial en lo que se refiere a los gastos de administración, sustenta la apelación en lo que manifestó en los alegatos de conclusión en cuanto a que es un contrasentido a manera de ver de Protección S.A, que se condene a la devolución de gastos de administración como a los rendimientos financieros, toda vez que al reconocer rendimientos financieros es porque se entiende que el contrato termina con la declaratoria de la anulación, que no puede efectivamente devolverse al estado anterior sino volver a esta, aunque si sean los aspectos de la declaratoria de nulidad en realidad opera como una terminación contractual porque no se puede desconocer la actividad humana que se dio hasta ese punto.

Entonces, al reconocer que se dieron unos rendimientos financieros, se están reconociendo los gastos de administración, y que devolver ambos es un contrasentido y un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, sumando a ello, el hecho de que ordenar los gastos de administración sería una sanción por el acto que se considera no informado, pero las sanciones no pueden ser impuestas, sino legislativamente, y no existe ningún tipo de ley que sancione a las administradoras de fondo de pensiones por la devolución de los gastos de administración, por lo que, no se comparte la posición de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a condenar por gastos de administración, toda vez, que se insiste no existe un fundamento jurídico serio, simplemente ha sido como un devenir, una especie de evolución de la

materia, pero la Corte Suprema de Justicia simplemente está siendo cada vez más estricta, frente a esto simplemente trató de ser estricta e imponer una sanción, pero no se dice claramente que se trate de una sanción como tal, por lo que no debe ser impuesta de esta manera.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Protección S.A, hicieron uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en su recurso de apelación. De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante, guardo silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuales son las consecuencias de la ineficacia **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a Colpensiones.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.***

*"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", **pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...**". (Subrayas de la Sala).*

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A, no le brindaron la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por COLFONDOS S.A, y PROTECCIÓN S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado,

sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercerse en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A, hayan brindado una información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otra parte, se observa que la apoderada judicial de Protección, alega que no se deben regresar los gastos de administración y los rendimientos financieros; por ello, es importante resaltar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada 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; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, se tiene que la jurisprudencia ha sido clara en indicar de manera motivada cuales son las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, entre ellas se encuentra la devolución de los aportes con sus rendimientos financieros, y gastos de administración, debidamente indexados; criterio jurisprudencial que ha sido acogido por esta Sala en reiteradas oportunidades, y contrario a lo indicado por la apoderada de Protección S.A, esta corporación considera que es un criterio acertado y serio, pues se debe recordar que los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y "en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley." Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realicen un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico. Por tanto, se confirmará la sentencia en este punto.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda. Por tanto, se confirmará la condena impuesta en costas en la sentencia de primera instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-002-2020-00034-01 Folio 106-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, contra la sentencia de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ELOY BARRIOS TERAN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media administrado hoy por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión del deber de información; en consecuencia, declarar como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al Régimen de Prima Media administrada por Colpensiones, condenar a Colfondos S.A, a trasladar todos los aportes junto con los rendimientos financieros a favor de Colpensiones, y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta el accionante que se afilió el 19 de abril de 1991, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.
- Aduce que, en el mes de marzo de 1995, fue afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de RAIS, administrado por Colfondos.
- Alega la demandante que al momento de la afiliación Colfondos S.A, no le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de apartarse del Régimen de Prima Media para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.
- Afirma que al momento del traslado de régimen, Colfondos S.A, no le informó el monto del capital que tenía que reunir en la cuenta de ahorro individual para poder percibir su pensión de vejez.
- Indica que, por la falta de información acerca de la ventajas y desventajas que conllevaba dicho traslado, Colfondos S.A, lo hizo incurrir en error.
- Manifiesta el demandante que en fecha 31 de octubre de 2019, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado y esta manifestó que no era procedente dar trámite a la solicitud.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables.

En su defensa formuló las excepciones de *"falta de causa para demandar, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado; prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones."*

I.III.II COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda manifestó respecto a los hechos 2º,3º,11,12,13 no le constan, los demás los tuvo como ciertos; no se opuso a las pretensiones, y no presentó excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró no probadas las excepciones propuestas, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, ordenó a Colfondos S.A, transferir a Colpensiones los aportes en pensión efectuados en el RAIS, junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración y demás emolumentos; ordenó a Colpensiones a recibir los valores antes relacionados a favor de la demandante; y condenó en costas a la demandada Colpensiones.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida. Por lo que es procedente la nulidad pretendida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, indica que no está de acuerdo con que su representada se vea inmersa en la declaratoria de nulidad o ineficacia de acto de traslado, teniendo en cuenta como primer

punto a reiterar que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, y como se pudo evidencia Colpensiones fue ajena a esas circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que el demandante accediera al cambio de administradora, debe ser la AFP receptora la que soporte las consecuencias de esa ineficacia del traslado, y con ello debe asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria.

En el presente caso, se encuentra demostrado que el demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que estaría incurso en la prohibición legal para trasladarse de régimen. Aunado a lo anterior, el demandante tenía la facultad de retractarse y no uso la misma.

Por otra parte, en cuanto a la condena en costas y agencias en derecho se opone, toda vez que su representada en el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe y sumado a ello no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, es decir, no hay facturas entre otros que demuestren que hubo un gasto asumido por el demandante.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones: La apoderada judicial de Colpensiones presenta alegatos de conclusión, reafirmando lo expresado en la apelación, es decir, insiste que su prohijada no debe verse afectar por la decisión voluntaria del demandante, de igual forma, reitera la prohibición existente por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, así como las demás inconformidades ya planteadas en el recurso.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación

interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas y agencias en derecho a la demandada Colpensiones.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra*" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios

y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin

*presiones”, **pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...**”.* (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

“La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y

a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas y agencias en derecho impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a la condena en agencias en derecho debe advertirse que el demandante al iniciar el presente proceso incurrió en gastos procesales y de representación, razón por la cual si hay lugar a la condena impuesta a la parte demandada.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-005-2020-00063-01 Folio 110-21

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ANA CRISTINA SOTO OVIEDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare que fue inducida en error por parte de Colfondos S.A, al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, en consecuencia, declarar que Colfondos S.A, incumplió su deber profesional que lo obliga a informar sobre las consecuencias del traslado, omitió suministrar la información mínima que debe comprenderse en las etapas del proceso de afiliación y/o traslado de régimen pensional, así mismo, omitió suministrar las condiciones favorables y desfavorables necesarias para la formación del convencimiento a la hora de la afiliación, en consecuencia de lo anterior, declarar la nulidad del traslado del régimen

pensional, condenar a Colfondos S.A, a trasladar la totalidad del ahorro obrante en la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos a Colpensiones y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que suscribió formulario de vinculación a Colfondos S.A, el 22 de enero de 1996, sin ninguna asesoría.
- Aduce que, al momento de la vinculación Colfondos S.A, tenía 420 semanas cotizadas en el ISS hoy Colpensiones.
- Alega la demandante que en ningún momento el asesor de la AFP Colfondos S.A, le brindó información sobre las posibles ventajas o desventajas de la afiliación o permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Afirma que, existe ausencia de consentimiento informado, pleno y oportuno, al existir falencia en la información efectuada.
- Indica que, solicitó a Colpensiones la anulación, nulidad e ineficacia del formulario de afiliación efectuado a Colfondos S.A, dada las omisiones anteriores.
- Alega que la respuesta de Colpensiones en fecha 18 de febrero de 2020, fue negativa.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, inexistencia del traslado de régimen, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, buena fe, prescripción, innominada o genérica"*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda manifestó que no se opone a las pretensiones, y no presentó excepciones de fondo.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada Colfondos S.A, y como consecuencia de ello, condenó a Colfondos S.A, a devolver o reembolsar a Colpensiones los valores que hubiese recibido y que tenga en la actualidad con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima debidamente indexadas y la entrega de la totalidad de la información relacionada con su historia laboral, ordenó a Colpensiones tener a la demandante como su afiliada dando validez a los aportes realizados en Colfondos S.A, con los rendimientos financieros generados y bono pensional si los hubiere, condenó en costas a Colpensiones.

En síntesis, el Juez de primera instancia reitera lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; y una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario no evidencia que Colfondos brindara la información requerida para el acto de traslado efectuado por la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la decisión, su inconformidad radica en que Colpensiones se vea inmerso en la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, teniendo en cuenta que Colpensiones fue ajena a dicha circunstancia, nunca intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la demandante de afiliarse en su día al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acto que a su parecer gozó de plena validez, pues no se evidenció ningún factor determinante que condujera a pensar que su consentimiento estuviera viciado, el cual fue de manera libre y voluntaria al ser el acto de afiliación un acuerdo de voluntades en el que estuvieron involucradas las partes que en el intervienen.

Sostiene que el afiliado tiene total libertad de escoger entre el RAIS o el régimen de prima media y manifestar por escrito su decisión al momento de vincularse o trasladarse, el ejercicio de la facultad de libre escogencia de régimen pensional fue reglado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, así mismo, establece el tiempo que tiene el afiliado para trasladarse de régimen.

Así mismo, indica que la sentencia SU 062 de 2010, retomó el tema referente a retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida con el fin de pensionarse con las normas anteriores a la ley 100 de 1993, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes, al 1 de abril de 1994, contaran con 15 años o más de servicios cotizados. Así las cosas, a 1 de abril de 1994 la demandante no cumplía con los requisitos dispuestos en la norma para ser acreedora del régimen de transición, por lo que le es imposible al día de hoy trasladarse de régimen, descendiendo a la pretensión formulada por la demandante consistente en la ineficacia de la afiliación y/o traslado a la AFP Colfondos S.A.

Resalta que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, decisión que se presume que adopto de manera libre y voluntaria en la medida que no medio

autorización, ni consentimiento diferente al expresado por ella, administradora a la cual ha permanecido afiliada durante gran parte de su vida laboral, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades al compromiso de querer permanecer en ese régimen pensional el cual escogió libremente en aras de aspirar a un derecho pensional. Adicional a ello, si en su oportunidad no estaba conforme con su elección pudo ejercer su derecho a retracto, no obstante, nunca lo ejerció dándonos a entender que todo este tiempo ha permanecido afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se encontraba conforme con las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por la administradora de su elección, evidenciándose su deseo de continuar.

Como la demandante no acreditó que su consentimiento estuviera viciado de forma alguna, considera se encontraba en plena capacidad de suscribir el negocio jurídico, que goza de plena validez, razón por la cual debe presumirse que la afiliación y/o traslado y permanencia en el RAIS es válido.

Referente a la condena en costas impuesta a Colpensiones solicita que se absuelva a su defendida, teniendo en cuenta que no tuvo implicación alguna en el acto de afiliación objeto de controversia y siempre actuó conforme a derecho.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIÓNES: La apoderada de Colpensiones en resumen, reafirma los argumentos expuestos en el recurso, pues insiste que su protegida no puede verse afectado por asunto donde no intervino, además, el demandante realizó un cambio voluntario, de igual forma, recalca la prohibición legal de transferirse de régimen faltando menos de 10 años para acceder a la pensión, insiste en los demás argumentos ya expuestos.

Parte demandante: El apoderado de la parte demandante presenta alegatos, trayendo argumentos para confirmar la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a Colpensiones.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...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...";* 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... 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..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del

régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por COLFONDOS S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que COLFONDOS S.A, hayan brindado una información completa

y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe

recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda. Por tanto, se confirmará la condena impuesta en costas en la sentencia de primera instancia.

VI. COSTAS

Al haber existido réplica del recurso, hay lugar a condenar en costas a cargo de Colpensiones, a favor de la demandante. (Art.365 numeral 8 CGP).

Como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque ha sido un tema ampliamente tratado y resuelto de forma pacífica por la jurisprudencia.

VII.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas a cargo de Colpensiones, a favor del demandante, según la motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-004-2019-00222-01 Folio 341-20

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NICOLASA DEL SOCORRO MARTINEZ GONZALEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y el **HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA.**

I. ANTECEDENTES

I.I. PRETENSIONES.

Pretende la actora se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y como consecuencia, se declare que su única afiliación válida y eficaz la realizada al régimen de prima media con prestación definida, por tanto, condenar a COLFONDOS S.A, a trasladar a la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante, más los respectivos rendimientos financieros y condenar a la demandada Colpensiones a recibir los aportes que sean trasladados por COLFONDOS S.A, como también en costas, gastos y agencias en derecho.

I.II. HECHOS

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que a partir del 12 de diciembre de 1988, se vinculó laboralmente a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, mediante el cual se afilió al Régimen de Prima Media administrado en ese momento por la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE CÓRDOBA.
- Aduce que, el día 25 de agosto de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad-RAIS, afiliándose a COLFONDOS S.A.
- Alega la demandante que en la fecha que consolidó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por conducto de COLFONDOS S.A, esta no le informó documentalmente acerca de las consecuencias negativas, dañosas de dejar el régimen de prima media y hacer efectivo su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad-RAIS.
- Afirma que COLFONDOS S.A, al momento de la afiliación no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión de vejez digna.
- Indica que, no le suministraron información documental relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre el RPM y el RAIS.
- Afirma que, el día 29 de mayo de 2019, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, y dicha entidad rechazó la petición.

I.III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.III.I. COLPENSIONES. Respecto de las pretensiones manifestó su oposición a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos

y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la actora al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones y prescripción"*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Se opuso a las pretensiones alegando que cumplió con todas sus obligaciones como AFP, y el cambio de régimen fue realizado con pleno respeto por la normatividad y jurisprudencia vigente para ese momento y se le brindó a la afiliada toda la información necesaria para el acto.

En su defensa formuló las excepciones de *"ausencia de vicio de nulidad en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, innominada o genérica"*.

I.III.III. DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones siempre y cuando afecten o sean contrarias a los intereses de la entidad, teniendo en cuenta que fue vinculado a este proceso en calidad de litis consorte necesario.

Propuso excepciones denominadas *"falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida integración del litis consorcio necesario, la genérica"*.

I.III.IV ESE HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA: En su contestación indicó que los hechos 2º, y 3º son ciertos, los demás no le constan, y no propuso excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por las

demandadas ; y declaró la nulidad del acto de traslado efectuado por la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia, ordenó a COLPENSIONES, proceda a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenó a COLFONDOS S.A, por ser la última institución pensional a la que se encuentra adscrita la demandante, que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante debidamente actualizados a COLPENSIONES, absolvió a la accionada ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, de las suplicas formuladas en la demanda y condenó en costas a Colpensiones.

En síntesis, el Juez de primera instancia manifestó que el sentido de la sentencia será favorable a los intereses de la demandante, y desfavorable para las demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES. Reitera lo dicho por la jurisprudencia sobre la teoría de la información documentada o información profesional, en la cual el afiliado es desconocedor de lo que ocurre en la mecánica pensional, por ello hay que darle las explicaciones necesarias, la experta en ese tema es la administradora de pensiones. Por lo tanto, al ser la administradora la experta, al no suministrarle las explicaciones de rigor para que esa decisión pensional no sea pura y simple, sino que sea consiente, pues se vulnera esa garantía y siendo la especialista la administradora exige la jurisprudencia que acredite probatoriamente que si dio las directrices.

En ese orden de cosas, el despacho accedió a lo solicitado por la actora en la demanda. Ello teniendo en cuenta que en el expediente no existe prueba de que la administradora de pensiones COLFONDOS S.A. suministrara toda la información requerida al momento de realizar la vinculación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Manifiesta el apoderado que se encuentran frente a un acto o negocio jurídico de traslado, en el cual no hubo ningún tipo de participación por parte de su defendida, pues se celebró única y exclusivamente una

vinculación y acto de traslado entre el fondo privado, en este caso Colfondos y la demandante, no es procedente la condena interpuesta a COLPENSIONES, toda vez que en todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad no hizo uso de su derecho de retracto, no manifestó en ningún momento su intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Teniendo en cuenta también que en ningún momento la afiliada mencionó que se le haya obligado o constreñido para efectos del diligenciamiento del formulario de afiliación hacia el fondo privado. Por ende, solicita que se estudie la posibilidad de que sea el fondo privado quien deba solventar las consecuencias que haya acarreado el traslado de la demandante hacia el régimen de ahorro individual y no Colpensiones, toda vez que se trata de un tercero que no tuvo ningún tipo de participación en este acto jurídico de traslado.

Añade, que en el expediente se evidencia que la demandante cuenta con más de 57 años, es decir, la edad pensional por lo cual no sería procedente que se traslade de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 de 2003. De acuerdo a lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas impuestas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, hizo uso de esta etapa procesal manifestando que no comparte los argumentos esbozados por las demandadas, ya que en el proceso lo que se echa de menos es la falta de información documentada, en donde se le haya dado a conocer al afiliado las consecuencias positivas y negativas que traiga consigo el cambio de régimen pensional. Por tanto, solicita que se confirme la sentencia.

De otra parte, el apoderado judicial de Colpensiones, se reafirmó en todo lo manifestado en el recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad del traslado pretendida **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...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...";* 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... 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...".* (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL1689-2019, Radicado N° 65791, Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se dijo:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por COLFONDOS S.A, administradora a la que se afilió la actora, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado,

cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que COLFONDOS S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

V.II.II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la cual, se advierte propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en

sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendadas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Por último, se condenará en costas a la demandada Colpensiones, dado que hubo réplica al recurso de apelación, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Con costas y agencias en derecho en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, de acuerdo con la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-005-2019-00422-01 Folio 397-20

Montería, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y Colpensiones contra la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **DINA PATRICIA RAMIREZ FLOREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare que la entidad a la cual se encuentra afiliada es Colpensiones, y que ésta es la encargada de resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez, condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por reunir los requisitos de edad y semanas de cotización, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

Pretensiones subsidiarias: Se declare la nulidad del traslado efectuado del ISS hoy Colpensiones a la administradora de pensiones Colfondos S.A, ordenar a Colpensiones que la reciba en condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida y en el mismo sentido, a Colfondos S.A, que autorice dicho traslado, transfiriendo los aportes y rendimientos financieros recibidos con destino a Colpensiones, ordenar

que una vez efectuado el traslado proceda a reconocerle la pensión de vejez en la forma y cuantía determinada y condenar en costas a la demandada.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la accionante que cuenta con 63 años de edad.
- Aduce que, desde el día 12 de junio de 1989 estaba afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
- Alega la demandante que diligenció inicialmente un formulario de afiliación al fondo privado de pensiones Colfondos S.A.
- Afirma que la afiliación al fondo de pensiones Colfondos S.A, se hizo efectiva desde el mes de marzo de 1999, como lo certifica la entidad Colfondos.
- Indica que, nunca recibió información suficiente y clara de las consecuencias del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Arguye la demandante que el día 27 de agosto de 2018, solicitó nuevamente al ISS el traslado de régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- Indica que realizó aportes a Colfondos hasta el mes de septiembre de 2010, y desde ese momento han sido recibidos por Colpensiones.
- Alude la actora que en fecha 17 de julio de 2010, Colfondos S.A, le informó que los aportes realizados en su cuenta de ahorro individual, fueron trasladados al ISS, hoy Colpensiones, y la fecha de efectividad del traslado fue el 11 de octubre de 2010.
- Manifiesta que en reiteradas ocasiones solicitó a Colpensiones el reconocimiento de pensión de vejez, y esta le rechazó sus solicitudes.

- Afirma que Colpensiones tardó 9 años para informarle que su afiliación y traslado autorizado por Colfondos S.A, en el año 2010, no era válido. Sin embargo, recibió pasiblemente los aportes a pensión.
- Indica que de acuerdo con la historia laboral expedida por Colpensiones, cuenta con 1.301 semanas cotizadas y la edad correspondiente para que le sea reconocida la pensión de vejez.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, prescripción"*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Se tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, indicó que al no salir avante las pretensiones principales, declaró prosperas las pretensiones subsidiarias y por ello, declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad que administra Colfondos S.A, efectuado en el año 1999, como consecuencia de ello, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó a Colfondos S.A, devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, aclarando que estas sumas

fueron trasladadas pero falta trasladar los gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras, sumas descontadas para el fondo de solidaridad, ordenó a Colpensiones tener a la actora como afiliada dando validez a los aportes pensionales que recibió por parte de Colfondos S.A, ordenar a Colpensiones resolver la solicitud de pensión de vejez que elevó la actora y finalmente condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de Primera Instancia indicó que la pretensión principal no salió avante, teniendo en cuenta que la vinculación que hizo la actora a Colpensiones no se efectuó con el lleno de los requisitos legales, pero si saldrá avante la subsidiaria que es la ineficacia de la nulidad por falta de información. Indicó que no es válida la afiliación realizada en el año 2010, a pesar de que aparece demostrado que se trasladó a Colpensiones, y que ésta recibió todos los aportes, solo hasta el año 2019 cuando solicita la pensión le indican que su afiliación no es válida.

Arguye que, le asiste razón a Colpensiones en ese entendido, porque a pesar de que efectivamente esta demostrado que hizo la afiliación en el 2010, y tenía mas de 5 años de estar afiliada a Colfondos, no es menos cierto que se desconoció un requisito establecido en la norma, referente a que las personas cuando le falten 10 años o menos, no podrán trasladarse de régimen, requisito que se incumplió.

La segunda pretensión que es la que sale avante, respecto a la ineficacia del traslado o elección de régimen en el año 1999, elección que no tiene validez porque no se le dio la información necesaria y oportuna para que conociera las implicaciones de cada uno de los regímenes.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE:

Manifiesta que interpone recurso de apelación a fin de solicitar a los honorables magistrados se sirvan modificar el numeral quinto ya que su representada cumplió con los requisitos de ley para que le sea reconocida su pensión de vejez, ya que cuenta con 65 años y tiene 1.300 semanas, por lo que es claro que cumpliendo estos requisitos es factible que le sea reconocida en el régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Seguidamente, manifiesta que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, es factible que en el mismo fallo sea ordenado el reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones previo el lleno de los requisitos legales como ya fue indicado. Por lo que solicita a los honorables magistrados del Tribunal Superior, ordenar a Colpensiones que una vez sea ordenado el traslado reconozca y pague a la demandante la pensión de vejez en la forma que sea determinada en la ley.

En ese orden, reitera la solicitud de modificación del fallo, en el sentido, de ordenar a Colpensiones que una vez efectuado el traslado proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez, no resolver sobre tal solicitud dado que dentro del plenario se encuentran pruebas suficientes para determinar que se ha cumplido con el lleno de los requisitos legales para dicho reconocimiento.

III.II ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida, teniendo en cuenta que el acto de afiliación o traslado se constituye en un contrato que se define como el acuerdo de voluntades que tiene el objeto de crear, modificar o extinguir obligaciones conforme a la ley, en ese sentido, la afiliación al Sistema General en Pensiones es un acto jurídico reglado, mediante el cual una persona natural llamada afiliado en ejercicio de la libre expresión de la voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial escoge la administradora de pensiones y régimen pensional al que desea pertenecer, surgiendo a partir de ese instante obligaciones entre ambas partes.

Seguidamente indica que, debe ser la administradora receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad la que soporte las consecuencias de la ineficacia de ese acto de traslado y con ello debe asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, como asumir la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la demandante.

En lo referente a la condena en costas impuesta solicita que se absuelva a su defendida de la imposición de las mismas, durante el transcurso del proceso se advierte que siempre se actuó sin temeridad, bajo el principio

de la buena fe, no se tuvo implicación alguna en el acto de traslado. De ese modo, deja sustentado el recurso a fin de que se revoque la sentencia en todos los puntos desfavorables a su defendida.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de la parte demandante y Colpensiones, hicieron uso de esta etapa procesal, reiterando lo indicado en su recurso de apelación. Las demás partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante **ii)** establecer si hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **iii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iv)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

I. Ahora bien, para resolver el primer problema jurídico, es pertinente indicar que la parte demandante en el libelo introductorio solicitó pretensiones principales y subsidiarias.

En ese orden, del escrito de la demanda se evidencia que las pretensiones principales hacen alusión a declarar que la actora se encuentra afiliada a Colpensiones, y que esta es la encargada de resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez, **se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por reunir los requisitos de edad y semanas de cotización**, y finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

Y como pretensiones subsidiarias se solicitaron: se declare la nulidad del traslado efectuado del ISS, hoy Colpensiones a la administradora de pensiones Colfondos S.A, se ordene a Colpensiones que reciba a la demandante en condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida y en el mismo sentido, a Colfondos S.A, se autorice dicho traslado, transfiriendo los aportes y rendimientos financieros recibidos con destino a Colpensiones, se ordene que una vez efectuado el traslado proceda a reconocerle la pensión de vejez en la forma y cuantía determinada y se condene en costas a la demandada.

Siendo ello así, es palpable que se cumplen los presupuestos del artículo 25 A del CPT y S.S, el cual establece que el demandante puede acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que para lo que es materia de debate "las pretensiones no se excluyen entre sí, **salvo que se propongan entre principales y subsidiarias**".

Pretensiones a las cuales debe someterse el operador judicial, pues ha sido la parte actora quien ha determinado la distinción entre pretensiones principales y subsidiarias, aceptadas en primera instancia. Lo cual lleva consigo, que debe respetarse lo estatuido en el artículo 281 del CGP, aplicable a la jurisdicción laboral por aplicación analógica del artículo 145 del CPT, el cual establece que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas.

Del mismo modo, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 5631-2014, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, respecto a la congruencia de la sentencia indicó:

"[F]rente al principio de la congruencia (...) reviste especial interés la acumulación objetiva de pretensiones que, como bien es sabido, regula el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, y dentro de ella aquellos eventos en que las distintas pretensiones reunidas en el libelo, no han sido formuladas con el mismo carácter, bien por ser accesorias o dependientes las unas respecto de las otras, o bien porque revestidas todas de autonomía, han sido propuestas subsidiariamente, distinción esta que como se ha sostenido con acierto

por autorizados expositores...es importante para efectos no solo de calificar la idoneidad formal de la demanda, sino para la correcta elaboración técnica de la sentencia, habida cuenta que como a continuación pasa a verse, en este ámbito aquél principio juega papel preponderante. En efecto, en el primero de tales casos en que se trata de pretensiones secundarias o consecuenciales que únicamente pueden alcanzar prosperidad en la medida en que de antemano la logre una pretensión autónoma, la lógica indica que la desestimación o el rechazo de esta última hace inútil el estudio de las primeras, considerando que son dos tipos distintos de pretensiones entabladas de modo paralelo pero ligadas por una relación de causalidad que impone un cierto orden de estudio.

(...) el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal...(G.J. Tomo CXLVIII, pág. 37), y valga advertir en este orden de ideas que la subsidiariedad en mención tiene distintos grados puesto que hay pretensiones subsidiarias genéricas, formuladas para cualquier supuesto de fracaso de la pretensión principal, y pretensiones subsidiarias específicas, articuladas bajo condición de que la principal no sea acogida por determinados motivos que el litigante en su libelo individualiza. Así, a diferencia de lo que acontece con la acumulación de pretensiones accesorias o de secuela, aquí se le pide al juez que decida sobre la pretensión principal y únicamente, para el evento en que no se consigan los objetivos previstos con su conformación, se le solicita que entre a estudiar la subsidiaria, de suerte que si esa condición no se satisface a cabalidad, sin caer en incongruencia por exceso no cabe adelantar tal estudio y por eso, de acuerdo con estas orientaciones conceptuales, se ha afirmado que en tratándose de la forma de acumulación originaria de pretensiones en cuestión, la falta de consonancia por fallar siguiendo una secuencia distinta a la diseñada por el demandante, puede configurarse en las siguientes hipótesis: a) Cuando es resuelta la pretensión subsidiaria sin antes haberse pronunciado el juez acerca de la principal; b) Cuando se omite resolución sobre una pretensión subsidiaria genérica no obstante haberse rechazado la pretensión principal; c) Cuando se resuelve sobre la pretensión subsidiaria y al mismo tiempo ha sido acogida la principal; y en fin, d) Cuando se resuelve la pretensión subsidiaria específica y la pretensión principal

se ha malogrado por motivo diferente al que por indicación expresa del demandante o, del demandado en reconvención dado el caso, determinaba el análisis con propósitos decisorios de la aludida pretensión subsidiaria específica”.

Así las cosas, en el presente asunto se tiene que el a quo denegó las pretensiones principales, relacionadas con el reconocimiento pensional, bajo el supuesto de que la parte actora no reunía con los requisitos para realizar el traslado del fondo de pensiones COLFONDOS a COLPENSIONES para la época en que lo hizo (año 2010), dado que para esa data le faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

La parte demandante en su recurso sostiene que le asiste el derecho a la pensión de vejez reclamada, no obstante, se le olvida que esa pretensión fue solicitada como principal, por lo que al estudiarse el aspecto sobre quien debe otorgar ese derecho, era obligatorio establecer el fondo de pensiones al que se encontraba afiliada, advirtiéndose, como bien lo adujo el juez de primera instancia, que al no efectuarse el traslado a COLPENSIONES respetando los tiempos para ello, le correspondería al fondo privado, esto es, COLFONDOS atender la súplica.

Entonces, existiendo dudas sobre quién debe atender el reconocimiento pensional, en la manera en que fue requerida la pretensión, no era esta la que debía tener la condición de principal, pero así fue estipulada y aceptada, no siendo dable al juez colegiado entrar a dilucidar ese aspecto; no obstante, como ello fue así, la suerte de esa pretensión debía ser la negación, dado que el traslado efectuado a COLPENSIONES no satisfizo los requerimientos legales para ello. Tanto es así, que la recurrente demandante, señaló como pretensión subsidiaria, la ineficacia del traslado efectuado al fondo privado mencionado. En este orden, la alzada no tiene prosperidad.

En cuanto al otro argumento del recurso de la parte actora, relacionado con que se ordene a COLPENSIONES que una vez se efectúe el traslado proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez; la Sala advierte que ello fue ordenado en la sentencia recurrida, por lo tanto, no se entiende cuál es la inconformidad respecto de ello; de allí que sobre este aspecto se mantiene incólume la decisión de primer grado.

II. Ahora bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...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...*"; 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... 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...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las

implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...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.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

III. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas

respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T”

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada

y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuesta por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la República y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-001-2019-00210-01 FOLIO 64-21
(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)**

MONTERÍA, TRECE (13) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante JOAQUIN CUELLO SALGADO, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 de noviembre del 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el apelante contra ALMACENES EXITOS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con ALMACENES EXITOS S.A. a partir del 13 de octubre de 1998 hasta el 04 de abril de 2019 sin solución de continuidad, el cual culminó por despedido sin justa causa legal; consecuentemente se condene a la demandada a pagar la sanción contemplada en el artículo 64 del CST, se dé aplicabilidad al principio ultra y extra petita, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

1.2. Indica que mantuvo una relación laboral con ALMACENES EXITOS S.A., mediante contrato a término indefinido a partir del 13 de octubre de 1998 hasta el 04 de abril de 2019 sin solución de continuidad.

1.3. Que prestó sus servicios en la ciudad de Montería, desempeñando como último cargo el de COORDINADOR DE VENTAS FRUVER, en el horario comprendido desde las 05:00 am hasta las 04:00 pm de lunes a sábados y adicionalmente laboraba dos domingos al mes, devengando como remuneración la suma de \$1.592.800 pagaderos de forma mensual.

1.4. Que el día 26 de marzo de 2019 recibió una misiva donde le comunicaron un llamado de descargos, puesto que en una revisión se había detectado una mercancía vencida que se encontraba a su cargo, adicionalmente le manifestaron que sin autorización trasladó un electrodoméstico a una dependencia de la empresa diferente de donde se encontraba.

1.5. Con respecto a la mercancía vencida acepta este hecho, sin embargo aclara que no fue por una causa atribuible a él, en atención a que era el Coordinador de ventas y tenía personal operativo a su cargo, por tanto la revisión de las fechas de vencimientos de los productos de la sección que tenía a cargo la debía realizar dicho personal y luego darle el reporte, es decir, la revisión del vencimiento de la mercancía era responsabilidad del personal operativo, pues al realizarlo cometieron un error consistente en que indicaron que la fecha de vencimiento de la mercancía era para el mes de junio y no el mes de marzo.

1.6. Que si bien era la persona encargada de autorizar el almacenamiento del producto, quien directamente almacenaba era el personal operativo, siendo éstos los encargados de la revisión, los cuales no le informaron acerca del producto vencido, y siendo su personal de apoyo confió en el trabajo que ellos realizaban.

1.7. Que no era necesario según sus funciones, así como la del personal operativo, realizar nuevamente la verificación de las fechas de vencimientos.

1.8. Que era de conocimiento del personal donde se encontraba la nevera en la que estaba el producto vencido, sin que sea cierto lo afirmado por la demandada, en cuanto a que el lugar donde se encontraba la nevera no era de su propiedad.

1.9. Finalmente indica que conforme a las anteriores razones no existe una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, es decir el despido se produjo sin justa causa.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, manifiesta aceptar la relación laboral, los extremos temporales en que se ejecutó, el salario devengado, lugar de prestación del servicio, el último cargo desempeñado, el horario laboral, sin embargo reitera que el despido fue con justa causa, pues alega que el demandante incumplió con sus obligaciones laborales conforme a lo establecido en el reglamento interno del trabajo y el decreto 2351 de 1965 en su artículo 7 numeral 6.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 13 de octubre de 1998 hasta el 04 de abril de 2019, el cual terminó de forma unilateral por parte del empleador con justa causa, consecuencialmente absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Consideró que el motivo de terminación del contrato está contenido en la carta de despido que obra a folio 10 del expediente, encontrándose probada la terminación unilateral por parte del empleador del contrato laboral que existió entre la parte demandante y parte demandada, pues conforme lo dispone el párrafo del artículo 62 del CST y luego de examinada la carta de despido, no existe duda del motivo que indujo a la parte accionada para dar por terminado el vínculo laboral al indicar hechos precisos y concisos.

Señaló que conforme al acervo probatorio se evidenció, además de la carta de despido, citación para descargo de fecha 26 de marzo de 2019 y acta de descargo de fecha 27 de marzo de 2019, donde se encontró a título de confesión voluntaria por parte del demandante las circunstancias que motivaron el despido, y otros documentos tales como citaciones de descargos, actas de descargos y sanciones disciplinarias por situaciones anteriores y similares a la que llevó a la desvinculación. Aunado a ello el testimonio recepcionado ratificó los hechos contenidos en las actas de descargos y que además fueron admitidos por el mismo demandante.

En lo referente a la carga de la prueba en este asunto indicó, basta que el demandante allegue o pruebe dentro del proceso la existencia de un despido y le corresponde a la parte accionada acreditar que tales hechos, en efecto, fueron realizados por el actor, pues en los cargos de dirección y confianza al no prestar la atención pertinente dentro de sus funciones y al errar varias veces el actor sobre el mismo tema, dan cuenta que no acató las recomendaciones y órdenes que le fueron impartidas, aún más cuando el actor había sido sancionado por hechos similares en lo atinente con el deterioro y almacenamiento al no gravar los productos vencidos; adicionalmente manifestó que la presentación de este tipo de situaciones inciden en la salud pública, por tanto no es admisible proteger la conducta realizada por el actor, de no estar atento a sus obligaciones laborales, las cuales se encuentran dispuestas en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo y por disposición legal, razones suficientes por considerar que la terminación del contrato laboral realizado por ALMACENES ÉXITOS S.A. obedeció a una justa causa legal.

IV RECURSO APELACIÓN

El demandante JOAQUIN CUELLO SALGADO plantea su inconformidad sobre los motivos que conllevaron a emitir sentencia absolutoria, entre ellos al considerar que su accionar fue reiterativo, fundamentándose en la sentencia SL-3489 del año 2020, señala que le corresponde al Juez por el sendero procesal determinar los supuestos fácticos en que se soporta la causal de terminación, del

despido injusto, al respecto considera que el juzgador incurrió en un error al acudir a los hechos por los cuales el demandante fue objeto de sanciones ocurridos entre los años 2017 y 2018, sin que mediara prueba en el proceso de que tales hechos realmente ocurrieron, pues cada hecho atribuible al trabajador debía ser probado en juicio con ocasión a la verdad, por tanto no se cumple con el principio de inmediatez establecido en el parágrafo del artículo 62 del CST.

Señala que quedó demostrado que el cargo desempeñado por el actor fue el de Coordinador de Fruver y que tenía personal a su cargo que se encargaban de recolectar la información necesaria para posteriormente digitalizarla en los sistemas del almacén y que al presentarse algún problema de averías o de vencimiento de productos debían ser destruidos, pues no existe relación lógica que si las funciones relacionadas con su observación y localización están sujetos a revisión aleatoria necesariamente existe un incumplimiento de las funciones del trabajador; aunado a ello, al tener personal a su cargo encargado de dicha verificación y revisión, no tiene sentido que luego de la información suministrada por ese personal, el actor tuviera que acudir nuevamente a realizar el proceso de revisión , pues carece de fundamento legal que los hechos atribuibles distintos al actor las consecuencias deba soportarlas con la terminación del vínculo laboral.

Añadió además que el juez al momento de la fijación del litigio excluyó tener probados los hechos 11 y 13 de la demanda, sin embargo, en éste último hecho la parte accionada acepta que la revisión de los productos vencidos correspondían al personal operativo y por conducto regular debía informar al coordinador y éste debía tomar las medidas frente a ello; si dicha situación no ocurre así porque está sujeto a la aleatoriedad no es posible cargar al demandante con la terminación del contrato puesto que no existe prueba suficiente del incumplimiento de sus funciones.

Finalmente, manifestó que el juzgador al calificar su accionar como grave, fue más allá de lo que se probó en el proceso, no es posible conceptuar que con dicha conducta haya puesto en riesgo la salud pública, en virtud de que los productos vencidos al encontrarse en una nevera en una dependencia distinta, no estaban expuestos al consumo humano.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron sus alegaciones de conclusión en esta instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la SS. la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, se ciñe a determinar **i)** si la terminación del contrato de trabajo que unió al actor con la demandada, por decisión unilateral de esta última, obedece a una justa causa, **ii)** de no ser así, determinar la procedencia y valor de la indemnización dispuesta en el art. 64 del CST.

Sea lo primero indicar que frente a la carga probatoria en asuntos como el que nos ocupa, ha señalado la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 417-2021, Radicación N° 71672, del 27 de enero de 2021, M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez, que:

“En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).”

Acorde con lo anterior, no queda duda de que en el asunto estudiado el accionante cumplió con su carga probatoria, pues acreditado está el despido con la carta de fecha 04 de abril de 2019 emitida por Grupo Éxito y dirigida al demandante, señor Joaquín Cuello salgado, visible a folio 10 y 11 del expediente, que textualmente señala frente al motivo de terminación del contrato de trabajo lo siguiente:

“Dicha determinación obedece a las faltas graves en la que usted incurrió, tal como se indica a continuación y luego de haber sido debidamente citado y oído en descargos todo lo cual hace parte integral de la presente comunicación, descargos que de ninguna manera justifican la gravedad de la conducta en que incurrió.

Es así como los hechos que motivan esta determinación son los siguientes: la empresa tuvo conocimiento que el día 14 de marzo de 2019 durante el recorrido realizado a la bodega ganadora del almacén se detectaron las siguientes novedades: Se detectó mercancía de la sección a su cargo vencida guardada en una nevera en el segundo piso del almacén, esta mercancía no debía estar guardada en esa nevera pues pertenece al almacén y el lugar donde se encontró la mercancía en una dependencia diferente a Éxito Montería Norte, la mercancía de la sección a su cargo que se encontró vencida en otra dependencia es la siguiente: 105 unidades de camarón ceviche plu 183446 por valor de \$422.325 vencidas el 06 de marzo de 2019 y 4 unidades de Hamburguesa filete de pollo plu 1246074 por valor de \$96.446 vencidas el 12 de marzo de 2019.

Estas conductas se constituyen en infracciones e injustificadas a sus deberes y obligaciones como Coordinador encargado de la sección de comidas preparadas del almacén Éxito Montería Norte de realizar estricto seguimiento, supervisión y control a las revisiones de fechas de vencimientos de los productos de la sección a su cargo por parte del personal operativo, por otra parte de realizar la gestión oportuna a los productos próximos a vencer que se encuentren en la sección para evitar que se venzan y tenga que ser grabados como avería, de grabar oportunamente las averías generadas, la detección de productos vencidos en sus secciones a cargo sin la respectiva gestión ni seguimiento ha sido reiterativa y objeto de medidas disciplinarias previamente, todo lo anterior hace insostenible la relación laboral con usted.”

Ahora bien, al realizar un recorrido por el acervo probatorio encontramos a folio 6 citación a descargos de fecha 26 de marzo de 2019 que se le hiciera al demandante, así como a folios 7 al 9 el acta de descargo del 27 de marzo de 2019 donde se observa las explicaciones dadas por el demandante acerca de los hechos imputados por la accionada como sucedidos el día 14 de marzo de 2019; llama la atención que en la citada diligencia el actor aceptó que la mercancía que fue encontrada con productos vencidos pertenece a su área, que los mismos se encontraban guardados en una nevera de una dependencia distinta a la que estaba a su cargo, adujo específicamente frente al producto de los camarones que el personal a su cargo presentó confusión al establecer la fecha de vencimiento, puesto que no revisaron y no le informaron que el producto estaba vencido desde el 6 y 12 de marzo de 2019, además sostuvo que las 105 unidades de camarón ceviche y las 4 unidades de hamburguesa filete de pollo que se encontraron vencidos se almacenan en una cava de congelación, sin embargo, cuando no alcanza dicha capacidad para su almacenamiento se guarda parte de dichos productos en una nevera adicional situada en el área de procesos; añadió, que no le informó al gerente de la instrucción que impartió para ubicar la nevera en otra dependencia, que realiza diariamente los procesos de seguimiento, control y supervisión de las fechas de vencimientos de los productos vencidos, sin embargo dicha revisión es parcial; admitió que dichos productos no habían sido grabados como averías al no ser detectados como vencidos y que como líder se le imposibilita la revisión de esos productos en un 100%, tanto así que esas funciones son delegadas en el personal a su cargo; sostuvo además que en sus revisiones aleatorias no identificó el producto averiado, no corroboró la información brindada por las auxiliares operativas con relación a las fechas de vencimientos; además de lo anterior, afirmó que en una ocasión anterior fue objeto de medidas disciplinarias por la detección de productos a cargo de su sección vencidos y sin ser grabados oportunamente como avería.

Si bien el recurrente manifiesta que la revisión de las fechas de vencimientos de los productos a cargo del actor se realizan de forma aleatoria y que tenía personal operativo a su cargo la cual le fueron delegados las funciones de revisión y verificación de dichos productos, al respecto recordemos que el cargo desempeñado por el actor fue el de Coordinador de ventas fruver, cuya función era el realizar seguimiento, supervisión y control de las revisiones de fechas de vencimiento de los productos de la sección a su cargo por parte del personal operativo y la de realizar gestión oportuna a los productos próximos a vencer que se encuentran en la sección para evitar que se venzan y tengan que ser grabados como avería, de grabar

oportunamente las averías generadas, la detección de productos vencidos en sus secciones a cargo sin la respectiva gestión ni seguimiento, funciones que son informadas en la carta de terminación del vínculo laboral (folio 10) la cual no hizo objeción alguna la parte demandante.

Aunado a ello el testimonio de la parte demandada señor ANTONIO JOSE BUSTAMANTE ALVAREZ, quien se desempeña como jefe de recursos humanos de Almacenes Éxito s.a., fue claro y preciso en señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos motivos de la terminación del contrato laboral, siendo coincidente con las pruebas que vislumbran en el proceso, además indico que el personal operativo se encargaba de detectar los productos vencidos y debía ser reportado al coordinador para su respectiva gestión, es decir su grabación como avería, cuyo proceso consiste en que una vez se identifique debe salir del piso de venta, grabarlo como avería, luego descargarlo del inventario y finalmente destruirlo, éste último paso lo realiza el coordinador en compañía con seguridad, las averías se deben realizar inmediatamente una vez son detectadas, que el demandante fue quien autorizo trasladar la nevera al nodo domicilios Montería y que la mercancía vencida fuera almacenada en la nevera, indico que dicha nevera antes se encontraba en las dependencias almacenes éxito pero que fue retirada por el proveedor según lo informado por el actor al rendir la diligencia de descargos, que el actor tenía 3 personas a su cargo, que las funciones del Coordinador de ventas fruver era las de realizar los respectivos pedidos de mercancías para asegurar que las secciones se encuentren abastecidas, realizar seguimiento del control de las fechas de vencimientos de los productos de las sección, grabar como avería los productos que se encuentren vencidos o deteriorados o no aptos para el consumo y en el caso del personal operativo que tenía el demandante a su cargo se encargaban de procesar los alimentos y cuando detectan productos vencidos su responsabilidad es informar a su jefe inmediato para la realización de grabar como avería dichos productos.

Ahora bien, teniendo claro las anteriores pruebas podemos analizar que conforme a las funciones del cargo desempeñado por el actor, quien tenía personal a su cargo debía verificar la información que éstos le suministraban, puesto que su deber era realizar dicho control, seguimiento y verificación, función que fue aceptado por el mismo demandante en la diligencia de descargo, que además aceptó no haber realizado dicho procedimiento, si él era la persona encargada de realizar las grabaciones de averías debía corroborar la información de la fechas de los productos vencidos, adicionalmente no se entiende la omisión por parte del actor al no informar de dicha situación oportunamente a su jefes superiores deber que se encuentra contemplado en el art. 71 numeral 5 del Reglamento Interno del Trabajo que establece las obligaciones del trabajador el de comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes para evitarle daños y perjuicios (fol. 170), o en su defecto hacer el procedimiento cuando detectan productos vencidos siendo contrario a lo que realizo como es el de almacenar dichos productos en una nevera en una dependencia distinta a la que se encontraba a su cargo, conducta que encuadra en el incumpliendo de las órdenes impartidas

por su empleador, actuar que se considera negligente y de mala fe al ocultar los productos vencidos, más aun cuando le puede ocasionar perjuicios a la empresa, adicionalmente no manifestó haber realizado gestión alguna para subsanar la conducta realizada, la cual no justifico en la diligencia de descargo, simplemente aceptó haberlo hecho. En lo que respecta haber dado la orden de trasladar la nevera al nodo domicilio Montería y almacenar dichos productos, hecho reconocido en la diligencia de descargo, tenemos que según lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo (fol. 168) establece que tienen autoridad e impartir ordenes en la empresa son las personas que desempeñen los cargos mencionados en el art. 66 y aquellas personas a quienes ellos deleguen tales atribuciones, dichos cargos consagrados en el artículo en comento no se encuentra el de Coordinador de ventas fruver, por lo tanto podemos inferir que no gozaba de plena autonomía y autoridad para disponer en el ejercicio de sus labores, motivos suficientes para considerar que no le asiste razón al recurrente al manifestar que las consecuencias deba soportarlas el actor con la terminación del vínculo laboral por hechos atribuibles a terceros.

En lo atinente a los antecedentes disciplinarios de hechos ocurridos en los años 2017 y 2018 que obran a folio 136 citación descargo de fecha 22 de noviembre de 2018, folio 138 al 139 acta de descargo de fecha 26 de noviembre de 2018, folio 140 sanción disciplinaria del 30 de noviembre de 2018, folio 141 citación descargo 19 de agosto de 2017, folio 142 al 143 acta de descargo del 22 de agosto de 2017, folio 144 al 145 sanción disciplinaria del 31 de agosto de 2017, en los cuales le fue impuesta sanciones al demandante , tenemos que indicar que es el mismo actor quien acepta que en una ocasión estuvo inmerso en procesos disciplinarios por hechos similares al motivo de la terminación laboral que es objeto de debate en el presente asunto, pues al haber una aceptación expresa por la misma parte accionante, no prospera lo alegado por el recurrente en el sentido que tales hechos no fueron probados, pues conforme a lo antes relacionado se demuestra que el actor incurrió reiteradamente en hechos similares, lo que conlleva a traer a colación lo dispuesto en el artículo 62 del CST literal A inciso 6:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del {empleador}:

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

En ese mismo sentido, también es importante citar lo que ha dispuesto la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1920-2018, radicación 49113 del 30 de mayo de 2018, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, que aclaro sobre los aspectos dispuestos en el artículo 7 del decreto 2351 de 1965 numeral 6, causal alegada en la carta de terminación del contrato, sentencia que indica:

“Esta Corporación en sentencia CSJ SL 10 mar. 2012, rad. 35105, explicó que le compete al juzgador calificar la gravedad de la conducta cuando se controvierten los supuestos contenidos en el numeral 6º, letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, así:

[...] sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

‘En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...’

De conformidad con las anteriores consideraciones, se concluye que el actor incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones laborales contenidas tanto en el reglamento interno de trabajo y en las disposiciones legales dispuestas en el inciso 1 y 5 del art. 58 norma que dispone:

“Son obligaciones especiales del trabajador:

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

(...)

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios “

Por otra parte, en el aspecto que alega el recurrente acerca de la exclusión de los hechos décimo primero y décimo tercero del libelo demandatorio, al ser contestados por la parte accionada es clara al manifestar que acepta el hecho once en lo que respecta que el demandante reconoció que había una mercancía vencida que era de su responsabilidad porque correspondía a la sección de su cargo, en cuanto al hecho décimo tercero la demandada manifiesta que es cierto que la función de revisar las fechas de los productos vencidos la cumplen los auxiliares, pero el demandante es responsable de su cargo y no debe limitarse solo a lo que ellos le informen, debe revisar que de verdad los productos estén que era responsabilidad de los auxiliares vigentes o vencidos, contestación que no dan por cierto en su totalidad los hechos referidos, situación que no demuestra en nada que el actor haya desempeñado sus labores de revisión de forma aleatoria pues está en su responsabilidad la revisión de los informes suministrados por las personas a su cargo.

Por último alega el recurrente que el juzgador al califica el accionar del actor como grave fue más allá de lo que se probó en el proceso, pues que no es posible conceptualizar que con dicha conducta haya puesto en riesgo la salud pública, al respecto considera esta instancia que al encontrarse los productos en una nevera en una dependencia distinta a las de almacenes Éxito S.A. si bien no estaban propiamente en los puntos de ventas expuesto al consumo, se encontraban vencidos en un congelador que pudo haber estado expuesto a la utilización en la sección de las comidas preparadas, estando expuestas a la ingesta de alimentos de comidas preparadas con productos vencidos, lo que podría afectar la salud del consumidor, se aclara que este punto no es determinante para establecer si el despido fue o no con justa causa.

En conclusión, en consideración a la acogida de las disposiciones jurisprudenciales y legales, así como el acervo probatorio esta instancia judicial considera que el despido fue con justa causa, por tanto no es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización establecido en el art. 64 de CST

Así las cosas, lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada

1. Costas.

No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada en mérito de lo expuesto en la partemotiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin condena en costas como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA ESPECIALIZADA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Radicado N°. 23-555-31-89-001-2017-00163-01 FOLIO 11-2021

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, TRECE (13) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver apelación de sentencia de fecha doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ANGELICA MARÍA ARCON CORDERO** contra **ESE HOSPITAL SAN NICOLAS Y UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Por escrito visible a folios 02 a 22 del cuaderno principal, la actora, mediante apoderado judicial, demandó a la **ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DEL MUNICIPIO DE PLANETA RICA – CÓRDOBA** y la empresa **UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A.**, para que se declare que entre esta última y la señora **ANGÉLICA MARÍA ARCÓN CORDERO** existió un contrato de trabajo con termino presuntivo indefinido, así mismo se ordene el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando. Como consecuencia, se solicita que se condene solidariamente a **UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A Y AL HOSPITAL SAN NICOLÁS**, al pago de los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones laborales y

aportes a la seguridad social desde el momento en que ocurrió el despido hasta que se produzca el reintegro, costas y agencias en derecho.

I.II. Las pretensiones precedentes se fundamentan en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Afirma la demandante que el día 01 de marzo de 2013 se vinculó a la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A, mediante contrato de trabajo sin termino definido, en el cargo de instrumentadora quirúrgica en la ESE HOSPITAL SAN NICOLAS de PLANETA RICA – CÓRDOBA, cumpliendo con un horario de 7:45 AM a 12:30 PM y de 2:00 PM a 8:00 PM, teniendo disponibilidad de 24 horas continuas, con jornadas laborales de lunes a viernes y los días sábado y domingo, devengando un salario de \$1.093.070 pagados mensualmente; la demandante manifiesta que cumplía las siguientes funciones:

- La atención al paciente quirúrgico mediante la aplicación de procesos de instrumentación, esterilización bioseguridad, saneamiento ambiental y administración, para colaborar a la mejora o restablecimiento de la salud del paciente a operar, y en especial:
- Atender el bienestar del paciente quirúrgico.
- Brindar atención directa y eficiente dentro del ámbito de su competencia al cirujano y ayudantes durante el acto quirúrgico
- Asistir al cirujano mediante el dominio de las técnicas y la utilización del equipamiento e insumos del centro quirúrgico ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA.

Dentro de la demanda se narra que la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A, en su momento llamada “CON TALENTO HUMANO LTDA”, celebró contrato **HSN-SU-011-2015** de fecha 25 de septiembre de 2015, cuyo plazo de ejecución finalizó el 30 de septiembre de 2015, con la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS, el objeto de este contrato era el *"suministro del personal en misión requerido para atender el incremento del proceso productivo de la E.S.E Hospital San Nicolás, en las áreas*

administrativa y asistencial; de acuerdo a las necesidades del servicio y las condiciones económicas establecidas”.

Indica la demandante que el día 13 de noviembre de 2015 en compañía de la señora Yinnis Petro Barragán y Maricel María Lozano Rosso, se presentaron ante UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A con el fin de solicitar el reintegro próximo a sus labores una vez se diera por terminada la licencia de maternidad, en consecuencia, se expresa, que la entidad en mención en la misma fecha presenta un oficio a la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS mediante el cual expone la situación de las ya mencionadas. LA SEÑORA ANGÉLICA MARÍA ARCÓN se presenta el 18 de diciembre de 2015 ante la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS en aras de reintegrarse a sus labores respectivas luego de haberse terminado su licencia de maternidad, lo anterior quedo por escrito ante la entidad; así pues el día 15 de enero de 2016, la ESE le informa a la demandante que su reintegro era improcedente e indica que el responsable de sus obligaciones laborales es la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A; deja por sentado la parte accionante en los hechos que si informó sobre su estado de embarazo, adjuntando así mismo copia de la prueba de embarazo.

La empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A, le informó a la demandante que trabajaba hasta el 30 de septiembre de 2015, argumentando que la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS no necesitaba más los servicios como Instrumentadora Quirúrgica, dentro de la demanda se señala que la empresa contrató a otra profesional para ocupar el cargo de la señora ANGÉLICA ARCÓN CORDERO.

Se expresa que la señora ANGÉLICA ARCÓN no fue afiliada por su inicial empleador a la seguridad social en salud (EPS), a una caja de compensación familiar, a un fondo de pensión y a una administradora de riesgos profesionales; se hace saber en los hechos de la demanda que la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A al terminarse la relación laboral, no le canceló los salarios correspondientes a enero, febrero de 2013, 2014 y 2015, así mismo no pago horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, Cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicio, prima de Navidad, prima técnica, subsidio familiar, prima o subsidio de alimentación, indemnización compensatoria por no afiliación a una caja de compensación familiar, calzado y vestido de labor, subsidio de transporte.

II. FALLO APELADO

En la audiencia, la juez de la causa le puso fin al litigio en el cual declaró **i)** denegar las pretensiones de la demanda presentada por la señora ANGÉLICA MARÍA ARCÓN CORDERO. **ii)** Compulsar copias al Ministerio del Trabajo para que en el ámbito de sus competencias califique la forma como la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS DE PLANETA RICA efectuó la contratación del personal en misión que requirió para los años 2013, 2014 y 2015 con destino a las áreas administrativas y asistenciales de la entidad. **iii)** Condenar a la demandante ANGÉLICA MARÍA ARCÓN CORDERO a pagar las costas procesales.

Sostuvo el a-quo que en el presente caso, estaba más que demostrada a raíz de las pruebas allegadas al proceso y así mismo de los testimonios que se rindieron, la prestación personal del servicio de la señor ANGÉLICA ARCÓN CORDERO en beneficio de la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS en consecuencia de los contratos celebrados de suministro de personal con la hoy UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A; en el transcurso del análisis del proceso el despacho trajo a colación la Ley 50 de 1990 en su artículo 71, donde se encuentran reguladas las empresas de servicios temporales y se tuvo en cuenta el artículo 77 de la misma ley.

Manifestó la Juez en cuanto a los contratos que se celebraron entre la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS y la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A, estos no cumplieron con el plazo estipulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en razón a que lo excedieron, las fechas de ese vínculo inició el 01 de marzo de 2013 y finalizó el 30 de septiembre de 2015; dentro de las consideraciones se indicó que el HOSPITAL SAN NICOLÁS se constituyó como único y verdadero empleador de la accionante en razón a que prolongó indebidamente la vinculación, siendo esta a través de una empresa de servicios temporales.

Consideró que se estaba frente a una intermediación laboral según el artículo 35 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, observó la Juez dentro del análisis realizado, que se estaba disfrazando la relación laboral entre la demandante y el HOSPITAL SAN

Ordinario Laboral Rad. 2017-00163. – Folio: 11-2021 Apelación de Sentencia

NICOLÁS, dado que las funciones que ejecutaba la señora ANGÉLICA MARÍA ARCÓN dentro del Hospital eran necesarias para el buen funcionamiento de este.

Se resolvió por parte del despacho, que no se debía declarar la existencia del contrato de trabajo entre el HOSPITAL SAN NICOLÁS y la accionada, ya que si se llegare a declarar se estaría violando el principio de congruencia, puesto que en las pretensiones de la demanda se solicitó fue la declaración del contrato entre la demandante y la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A.S, en consecuencia a que se llamó al HOSPITAL SAN NICOLÁS a responder solidariamente, mas no se hizo énfasis en que este era el empleador incumplido.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Contra dicha determinación la parte demandante, ANGÉLICA MARÍA ARCÓN CORDERO, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación, donde manifiesta su inconformidad con la sentencia la cual denegó las pretensiones presentadas por la actora, dicho recurso se centra en indicar que el despacho acude al artículo 35 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, desechando de manera inmediata al artículo 34 de esta misma ley, sin indicar el por qué este último artículo no aplica en este caso, sosteniendo el abogado que fue el artículo 34 que en principio se determinó para guiar este asunto.

Continua la parte actora manifestando que se demostró que fue la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A.S quien ejerció la subordinación, realizó el pago salarial y la actora prestó sus servicios personales para esta empresa, en consecuencia expresó que debía tenerse en cuenta que cuando se está prestando un servicio como en este caso señalado, el contratante puede dar órdenes o instrucciones para que la labor ejecutada sea llevada a cabo de la mejor manera sin que esto lo convierta en el empleador. Por lo tanto, solicitó se revocará la sentencia de primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunidad que no fue aprovechada por las partes, guardando silencio.

V. CONSIDERACIONES

V.I.- En pro de resolver el recurso aludido, la Sala se ocupará privativamente de los puntos expuestos en la censura, toda vez que, no tiene porque entrar a dilucidar inconformidades no puestas a su consideración, pues ese es el alcance del apelante con el recurso.

Iniciase el estudio de la presente Litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, y por ende la sentencia será de mérito ya que no se evidencian irregularidades que obliguen a la Sala a dictar fallo inhibitorio.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes reseñados, corresponde a esta corporación determinar *i) si puede pregonarse la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y la demandada UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, (ii) si la ESE HOSPITAL SAN NICOLÀS DE PLANETA RICA fue beneficiaria del servicio y por tanto deudora solidaria; (iii) las causas de la terminación del vínculo laboral y si culminò estando la demandante gozando de estabilidad laboral reforzada; (iv) de ser así, determinar si se torna procedente el reintegro y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones deprecadas, o en subsidio, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causados en desarrollo del contrato de trabajo.*

V.III. Teniendo presente el problema jurídico planteado, es preciso indicar lo que es en realidad un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario **“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.**

Seguidamente, se debe precisar que para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, establecidos en el artículo 23

C.S.T, esto es, que se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha sido reiterativa en manifestar que al trabajador solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones¹.

En el caso estudiado hay que precisar desde ya, que la parte demandante pregona la existencia de un contrato de trabajo entre ella y la sociedad UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS, cuyo objeto era la prestación del servicio de instrumentadora como trabajadora en misión para la ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA, por lo que, sin desconocer las precisiones que hiciera la falladora de primera instancia en cuanto a la normativa que rige las relaciones de las empresas de servicios temporales con las usuarias, no debe perderse de vista que la intención de la parte actora es la declaratoria del vínculo laboral con la temporal aquí accionada y el llamado a la usuaria como deudora solidaria, sin que le sea dable al juez modificar las pretensiones de la demanda; cierto es que la ley faculta al operador judicial para interpretar la demanda, no obstante, examinado el fallo apelado, se advierte que la falladora de primera instancia realizó un examen de la relación que existió entre la empresa de servicios temporal UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS y la empresa usuaria ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS DE PLANETA RICA, para concluir que se presentó una intermediación laboral ilegal y declarar que el verdadero empleador era la empresa usuaria, escenario totalmente diverso al planteado por la parte

¹ Sentencias Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral con radicados. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras,

demandante y alejado de los fundamentos de defensa esgrimidos por la parte accionada, y por tanto podría ser constitutivo de una vulneración al debido proceso atendiendo las cargas probatorias que impone el artículo 167 del Código General del Proceso, traído a remisión por disposición del artículo 145 del C.S.T.

Examinadas las pruebas arrimadas al plenario evidenciamos el contrato de trabajo suscrito entre la señora ANGELICA MARÌA ARCON CORDERO y la empresa UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, antes llamada CON TALENTO HUMAMO LTDA conforme al certificado de existencia y representación allegado que da cuenta del cambio de razón social, vínculo que inició el 1º de marzo de 2013 para desempeñar el cargo de instrumentadora, y en el que se pactó en su cláusula 2ª la *“prestación del servicio para tender INCREMENTO PRODUCCIÓN, la cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al empleador por el usuario. En consecuencia, este contrato terminará en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del trabajador, sin que el empleador tenga que reconocer indemnización alguna”*

Así mismo, se detalla las planillas de aportes a seguridad social realizada por CON TALENTO HUMANO a favor de la demandante desde el mes de mayo de 2013 a septiembre de 2014, amén de los aportes a pensión realizados en COLFONDOS desde mayo de 2013 al mes de agosto de 2015; dentro del plenario se encuentra acreditado el vínculo que existiera entre las accionadas CON TALENTO HUMANO Y/O UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A. y la ESE HOSPITAL SAN NICOLÀS DE PLANETA RICA a través de diversos contratos cuyo objeto era el suministro de personal, así:

FOLIOS	CONTRATO	DURACIÓN
26 al 31	contrato de suministro de personal SU-0003-2013	Abril – Mayo 2013
74 al 79	contrato SU 0010-2013	01 de julio del 2013 hasta el 30 de septiembre del mismo año.

120 al 125	contrato SU 0017-2013	01 de octubre el 31 de diciembre de ese año.
153 a 157	contrato SU 0001 del 2014	1 de enero de 2014 al 15 de enero del mismo año.
173 a 178	contrato SU-0002-2014	16 de enero al 30 de junio de 2014.
259 a 264	contrato su-000-17 del 2014	Desde el mes de julio a octubre de 2014
298 a 312	contrato SU 0031-2014	Desde el mes de noviembre y diciembre del 2014
303 a 308	contrato SU 001 del 2015	Enero de 2015
323 a 327	contrato HSN SU 002 del 2015	Desde el mes de febrero a junio de 2015
392 el 397	contrato SU 011 del 2015	Desde el mes de julio a septiembre de 2015

En cuanto a las pruebas testimoniales, se recibieron los de YINIS YULIETH PETRO BARRAGAN, YOJANIS CRISTINA JARAMILLO HOYOS, MARISELA MARIA LOZANO ROSSO, quienes informaron:

YINIS YULIETH PETRO BARRAGAN indicó en principio conocer a la demandante, dado que habían laborado juntas en el Hospital San Nicolás, indicando *“Trabajamos con prestación de servicio y luego con hojas de vida y en marzo de 2013 comenzamos a laborar con talento humano, una bolsa de empleo.”* En cuanto a la pregunta para que año empezaron a laborar con prestación de servicio y bolsa de empleo respondió *“Como prestación de servicio, 2012, y con bolsa de empleo el 01 de marzo de 2013;* en cuanto a la pregunta si tenía conocimiento hasta cuando laboró la demandante, dijo lo siguiente *“Hasta diciembre de 2015, cuando se reintegró pasada su licencia de maternidad”;* en cuanto a las causas de terminación de la relación laboral manifestó *“Porque cuando se presentó le dijeron que la bolsa de empleo no estaba allí, por lo tanto el hospital no tenía nada que ver con ella, ella asistió unos días y luego le notificaron por escrito que no se presentara más”;* al interrogársele acerca del proceso de contratación entre la demandante y la empresa de suministros, respondió *“Primero laboraba por prestación de servicio, luego hubo un cambio de la forma del hospital de brindar los servicios, contrataron una bolsa, ella presentó la hoja de vida, calificó y la bolsa la contrató”;* en cuanto a la función que cumplía la actora, informó *“De instrumentadora quirúrgica”;* en cuanto al horario de trabajo indicó *“El de área de cirugía, ocho horas de trabajo pero*

por la misma situación puede ser de día o de noche. Pero normal de 8 horas.”; “Inicialmente se firmó un contrato, todo el mundo seguía trabajando, angélica seguía trabajando y luego aparecía otro contrato y así, hubo muchos contratos en todo el transcurso que estuvo la bolsa, no fue uno solo, eran continuos, el servicio era ininterrumpido.”

Por su parte **YOJANIS CRISTINA JARAMILLO HOYOS** indicó: *“Si, es vecina, luego yo inicié a trabajar en el hospital y ella trabaja allá. En el hospital San Nicolás, entre a trabajar el 1º de febrero de 2014. Ocupaba el cargo de auxiliar contable.”*; sabe qué tipo de vinculación tenía la actora con el hospital para el 2014?, informó: *“Si ejerciendo el cargo de instrumentadora quirúrgica.”*; al preguntársele si sabe si la actora se encontraba en esas nóminas, dijo *“No, directamente con la planta no porque ella estaba con la bolsa de empleo.”*; en cuanto a la pregunta por qué le consta que la señora angélica estaba con la bolsa de empleo?, dijo *“Porque nos pagan juntas, a veces me tocaba ayudarle al contador a liquidar los turnos para hacer la nómina”*.; en cuanto a la pregunta ¿conoce dentro de las nóminas, reposaba el nombre en la planta del hospital? Dijo: *“No señor”*.

Así mismo la testigo **MARISELA MARIA LOZANO ROSSO**, al ser interrogada manifestó lo siguiente: ¿CONOCE ANGELICA? contestò: *“Si porque trabajo en la misma empresa, desde el 2012 como prestación de servicio y el 01 de marzo de 2013.”*; en cuanto a la pregunta para que empresa trabajaba? Respondió *“Con talento Humano”*; y en cuanto a la pregunta ¿de qué año a que año fue por prestación de servicio? Respondió *“En el 2012, no recuerdo el mes, hasta 01 de marzo de 2013 que pasamos a la nueva bolsa”*; respecto a la pregunta ¿cómo fue ese cambio de prestación de servicio a la bolsa? Respondió *“Nos informó que venía una nueva bolsa, que eran cosas mejores para los empleados, pagando las prestaciones y todas las cosas y que íbamos estar vinculados a una nueva bolsa”*. Al interrogársele ¿qué tipo de contrato suscribió angélica con la bolsa y como se llama la bolsa? Respondió *“Con talento humano. Eran indefinidos, no teníamos especificado un contrato determinado hasta cierto tiempo”*.

Miradas en conjunto las pruebas aludidas no queda duda de la relación laboral que existió entre la demandante y la sociedad UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS
Ordinario Laboral Rad. 2017-00163. – Folio: 11-2021 Apelación de Sentencia

SAS, antes denominada CON TALENTO HUMANO, siendo contratada la primera para prestar sus servicios a una empresa usuaria, que para el caso lo fue la ESE HOSPITAL SAN NICOLÁS DE PLANETA RICA; así las cosas, acreditada la prestación del servicio por la demandante a la empresa de servicios temporal, sale avante la presunción del artículo 24 del C.S. del T, que reza: ***“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida de un contrato de trabajo”***, en consecuencia, correspondía a la accionada UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS desvirtuar los elementos del contrato de trabajo.

Sin embargo, examinadas las actuaciones surtidas en primera instancia, evidenciamos que la accionada en mención no desplegó ninguna actividad probatoria, permaneciendo indiferente al trámite procesal al punto de ser representada en la litis por curador ad litem, que, incluso, omitió contestar la demanda, razones suficientes para pregonar la existencia del contrato de trabajo entre la señora MARIA ANGÈLICA ARCON CORDERO y UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS a partir del 1º de marzo de 2013.

Esclarecido lo anterior, es del caso examinar si puede pregonarse la solidaridad de la ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA, teniendo como punto de partida que esta es fundamentada en las pretensiones de la demanda bajo el argumento de *“por ser esta última empresa la beneficiaria de la labor de la trabajadora, es solidaria e ilimitadamente responsable de las obligaciones laborales derivadas del contrato declarado”*, es decir, pregonar la actora la solidaridad regulada en el artículo 34 del C.S. del T que reza:

“1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”

Sobre este aspecto es oportuno citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL 16350 de 2014, M.P. Dr LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, donde precisò:

“Pues bien, siendo indiscutible que ese también fue el tema de discusión de la alzada, como lo advirtió el Tribunal; que no hubo en las instancias y tampoco en el recurso controversia sobre los hechos relativos a la vinculación mediante contrato de trabajo del actor a la empresa de servicios temporales SUPERTEMPO LTDA., del 27 de noviembre de 1999 al 30 de enero de 2000, período por el cual fue que se impusieron las condenas en contra de aquélla al pago de unas sumas de dinero por concepto de cesantía e intereses de la misma, prima de servicios e indemnización moratoria, pues respecto de las demás pretensiones, aún contra la aquí recurrente, se dispuso su absolución, y período en el que el actor se desempeñó como trabajador en misión ante la usuaria ELECTRICARIBE S.A., E.S.P., no es dable concluir cosa distinta a lo que la jurisprudencia de la Sala ha asentado desde tiempo atrás, esto es, que no por estarse frente a un trabajador que prestó sus servicios como trabajador en misión, es decir, que siendo subordinado de una de las empresas llamadas de servicios temporales -EST- fue remitido por ésta a una empresa usuaria, ésta última resultó solidaria laboralmente con aquélla respecto de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones insolutas de que es titular el trabajador.

En efecto, la Corte, en sentencia de 24 de abril de 1997, rad. 9435, que se copia in extenso y se subraya en los aspectos que interesan al recurso, y que aquí se reitera, explicó prolijamente la situación laboral de las llamadas empresas de servicios temporales -E.S.T-, en los siguientes términos:

(...)

“ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

“Bajo el régimen anterior a la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia de la Sala tuvo ocasión de pronunciarse con respecto a las E.S.T., admitiendo su índole particular y su validez jurídica así:

“En Homologación de fecha octubre 9 de 1986, radicación 0511, se expuso lo siguiente:

““En relación con lo dispuesto por el artículo décimo del Laudo, estima la Sala que es inexecutable porque si el artículo 1º del Decreto 1433 de 1983 define a las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para el desarrollo de actividades ordinarias, conexas o inherentes a través de personas naturales, es claro que simultáneamente está consagrado, a favor de los patronos o empleadores, el correlativo derecho a acudir a esas empresas de servicios temporales en procura del personal que precisan para la ejecución de sus labores.

“Hay que tener en cuenta, por lo demás, que en los términos del artículo 4º del mencionado Decreto, las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos, no simples intermediarios, y como tales deben atender el pago no solo de todas las obligaciones que la calidad de empleador conlleva, sino también cumplir con los aportes del ISS, Sena, Bienestar Familiar, etc.

“En casación del 3 de febrero de 1987, radicación 1875 la Sala dijo:

“Ahora bien, siendo incontrovertible en el infolio que el contrato de trabajo por el que Toro Palacio desarrollaba labores en Troquel Partes Ltda fue celebrado con la persona jurídica ATA, Ayuda Temporal y Asesorías Ltda, quien en virtud del cual no solo se afilió al ISS, fl.17, sino que también era el que le pagaba los salarios, fl. 58, amén de que como patrono, suscribió el informe del accidente de trabajo, fl. 20; y teniendo en cuenta, además, que las empresas de servicios temporales, como la mencionada, en los términos del artículo 1º del Decreto 1433 de 1983 (mayo 20), son verdaderos patronos, no simples intermediarios, y como tales están sometidos al régimen laboral en relación con las personas que a ellas se vinculan como trabajadores debiendo atender el pago de todas y cada una de las obligaciones que contrae como empleador, entre las que está, desde luego, la indemnización discutida y que prevé el artículo 216 del CST; ello así, su pago se impondrá exclusivamente a la mencionada empresa, absolviéndose en consecuencia, a Troquelpartes S.A. de la solidaridad pretendida por el demandante.”

“EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE

“Con arreglo al artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, es una persona natural o jurídica que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate. El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo del poder de subordinación, pues se trata de un verdadero empleador y no de un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del servicio. Es que con este no se compromete a llevar trabajadores, sino a lograr por su cuenta y riesgo a cambio de un precio, el objetivo propuesto, de forma que en este orden de ideas su actividad económica no es la intermediación laboral, sino la especialidad que les permite construir la determinada obra o lograr la prestación del servicio.

“En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o este, de suerte que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio. Con todo, la ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnizaciones y derechos laborales correspondientes a los trabajadores del contratista, siempre y cuando la obra o servicio que éste deba cumplir no sea extraña a las actividades normales propias de la respectiva empresa o negocio del contratante.

“Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes:

“La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.

“La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.

“Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.

“El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión.

Sobre ese tópico en sentencia reciente, SL 1968 del 19 de mayo de 2021, Radicado 78776, con ponencia del Magistrado Dr Martín Emilio Beltrán Quintero, esa Corporación indicó:

Acorde a lo dicho, se puede colegir que tratándose de un contratista independiente, éste no tiene como objeto suministrar personal a un tercero, sino cumplir, por su cuenta o riesgo y a cambio de un precio, el «objeto» contractualmente definido con el dueño de la obra o beneficiario del servicio. En este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral sino la realización de diferentes tipos de actividades que le permitan construir una determinada obra o prestar un servicio a favor de un tercero, las cuales debe cumplir, se itera, con sus propios medios y gozando de libertad y autonomía tanto técnica como directiva.

Esta Sala, respecto al anterior supuesto, en decisión CSJ SL4479-2020, dijo:

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero

empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.

Así las cosas, la Corte a continuación procede a verificar si, en efecto, el contratista Acciones y Servicios S.A. contaba con autonomía tanto técnica como directiva y si la actividad la ejecutaba con sus propios medios.

(...)

Medios o elementos para la ejecución de la actividad

Sobre el particular encuentra la Corte que el contratista no era el dueño de los medios para la ejecución de las actividades, tal como da cuenta la cláusula decimoquinta del referido contrato de prestación de servicios, la cual dice que «Las partes suscribirán un contrato de comodato para todos aquellos equipos y herramientas que siendo propiedad del contratante serán utilizados por los empleados del CONTRATISTA», incluso el contratante tenía como una de sus obligaciones «Entregar, de acuerdo al plan de servicios correspondiente, los siguientes materiales y equipos a los trabajadores de EL CONTRATISTA: equipos de cómputo, cosedoras, lapiceros, calculadores, herramientas y demás implementos necesarios para el desempeño de su labor» (f.º 144), lo cual va en contravía del referido artículo 34 del CST, que exige que el contratista preste sus servicios con sus propios medios, tal como se expuso en decisión CSJ SL4702-2018, en la que se dijo:

Por lo anterior, el recurrente equivoca su ataque, pues el fundamento del Colegiado para establecer como verdadero empleador a Locería Colombiana S.A. e intermediaría a Procelsa S.A., fue de naturaleza fáctica, partiendo de una intelección correcta del artículo 34 del CST, que, entre otros, establece como supuesto necesario para que una persona se considere contratista independiente, que preste el servicio convenido con sus propios medios.

En ese orden de ideas, las anteriores estipulaciones contractuales, a juicio de la Sala, muestran una falta de «estructura propia y un aparato productivo especializado» por parte del contratista (CSJ SL467-2019), pues éste requería la estructura empresarial de la contratante para la realización del objeto pactado, como se vio con antelación, además de que el control de sus propios trabajadores, la ejercía dicha contratante”.

Y en la sentencia SL 1908 del 10 de mayo de 2021, Radicado 71329, MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, sostuvo:

La censura radica su inconformidad en que el Tribunal se equivocó al no dar por demostrado que la verdadera empleadora del actor fue la Empresa de Energía Eléctrica del Pacífico S. A. ESP, obrando las demás contratistas como intermediarias, pues desde 1997 en que absorbió a Chidral S. A., continuó desempeñando las mismas funciones en su favor, unido a que la confesión extractada del interrogatorio de parte que absolvió el accionante fue sacada de contexto, ignorando el contenido de los contratos por obra o labor ni los contratos comerciales de EPSA ESP con Proservis Generales S. A.

Para resolver, sea lo primero traer a colación lo expuesto por esta Sala en la sentencia CSJ SL4479-2020 en la que se estableció que la figura del contratista independiente exige «que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos», de manera que no actúa como verdadero empresario quien «carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación» sino como «un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal».

Al respecto la citada providencia explicó:

(...)

Hechas las anteriores precisiones y de acuerdo con la inconformidad planteada, la Sala debe dilucidar si el Tribunal erró al considerar que la vinculación de Diego María Díaz y la Empresa de Energía Eléctrica del Pacífico S. A. -EPSA S. A.-, se dio en el marco de una relación laboral o si, por el contrario, los servicios prestados en favor de ella se desarrollaron mediante diversos contratos de obra o labor con Adecco de Colombia S. A., Eficacia S. A. y Proservis Generales S. A., respectivamente, sin que ello constituyera intermediación.

(...)

Dicho esto, se tiene que al ser la generación de energía de las plantas hidroeléctricas de EPSA ESP una de las actividades inherentes a su objeto social y del giro ordinario de sus negocios, el fallador de segunda instancia también incurrió en la aplicación indebida del artículo 34 del CST, dado que no podía considerar a Adecco de Colombia S. A., Eficacia S. A. y Proservis Generales S. A., como contratistas independientes sino como intermediarias, porque de la verificación de su objeto social, no se decanta que pudieran contar con la autonomía técnica, administrativa y directiva, que les permitiera garantizar que podían asumir el servicio de manera independiente en

lo atinente a la operación y mantenimiento de las centrales hidroeléctricas de la EPSA ESP”.

Acorde con lo expuesto, como lo pretendido por la actora y declarado en consideraciones anteriores, fue la declaratoria del contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, no es dable pregonar la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S. del T frente a la accionada ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA en su condición de empresa usuaria, pues la primera se limitó a suministrar personal más no ejecutó la obra o servicio de forma directa, y por ello se declarará probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LABORAL e IMPROCEDENCIA DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS ENTRE LA ESE Y UNIVERSAL.

Oportuno es precisar que, si bien en ocasión anterior la Sala dentro del proceso ordinario laboral radicado No 23-555-31-89-001-2017-00162-01 Folio 228-2019, en sentencia del 10 de diciembre de 2020 con ponencia del H.M. Dr. Pablo José Álvarez Caez, consideró procedente la solidaridad entre el empleador (Empresa de Servicios Temporales) y la usuaria (E.S.E. San Nicolás de Planeta Rica), en esta oportunidad atendiendo el precedente expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1968 de fecha 19 de mayo de 2021, radicado No. 78776 M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, y sentencia SL 1908 de fecha 10 de mayo de 2021 radicado No. 71329 M.P. Dr. Santander Rafael Vrito Cuadrado, el Tribunal rectifica su criterio y acoge el que se expone en esta providencia frente al aspecto puntual de la solidaridad.

En cuanto a la terminación de la relación laboral, se duele la accionante de que el vínculo laboral culminó encontrándose en estado de gravidez y sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo, llamando la atención de la Sala la misiva adiada 13 de noviembre de 2015 (aportada al plenario) suscrita por el representante de CON TALENTO HUMANO y dirigida al Gerente de la ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA, así como a la profesional de Recursos Humanos y Profesional de Presupuesto de la misma entidad, en la cual le informan que a la finalización del contrato SU-011-2015, la demandante estaba en licencia de maternidad, lo que además encuentra soporte en la incapacidad por licencia de maternidad arrimada al plenario y expedida a favor de la

demandante a partir del 17 de agosto de 2015 hasta el 17 de diciembre de 2015, lo que desde ya lleva a concluir que el empleador conocía el estado de gravidez de la accionante.

En el mismo sentido se advierte que el último contrato suscrito entre UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS S.A.S y la ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA fue el SU-011-2015, suscrito por el término de tres meses, a partir del mes de julio hasta el mes de septiembre de 2015, lo que no deja duda de que a la fecha de terminación del mismo, la demandante se encontraba gozando de licencia de maternidad.

El artículo 239 del C.S. del T prevé:

“1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

Acorde con lo anterior, en principio, ha de presumirse que el contrato de trabajo que unió a la demandante con la accionada UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS culminó por su estado de embarazo, atendiendo la presunción establecida en la norma transcrita y dado que está acreditado que la terminación del contrato aconteció dentro de los 3 meses posteriores al parto.

A su vez, el artículo 240 ibidem reza:

“1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículo 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

Se advierte que dentro del proceso brilla por su ausencia que el empleador haya solicitado la autorización impuesta en la norma.

La Corte Constitucional en sentencia SU-75 del 2018, examinó las implicaciones de la terminación de la relación de trabajo con mujeres en estado de embarazo unidas por diversos tipos de contratos; así, en presencia de relaciones reguladas por contratos de trabajo por obra o labor contratada, como fue el que unió a la hoy demandante con UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, precisò:

“46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listaràn a continuación las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:

- Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

(...)

7.3.2. Contrato de trabajo por obra o labor contratada.

“(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones:

- a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de***

las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

- b. *Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada. En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el período del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.*

Si el empleador no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el período de gestación y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector del trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del CST. (Se resalta)

(...)"

La Sala de Casación Laboral igualmente hizo pronunciamiento sobre el tema en la sentencia SL 4486/18 precisando:

“En consonancia con los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en materia de fuero de maternidad, esta Sala decidió reorientar la hermenéutica de las normas del Código Sustantivo del Trabajo relacionadas con la protección de las trabajadoras en estado de gestación o licencia de maternidad, vinculadas a través de contratos de trabajo a término definido, pues era evidente la tensión entre la configuración legislativa de los contratos de trabajo y sus formas, con algunos principios y valores constitucionales encaminados a efectivizar la protección a la mujer en el ámbito laboral. Este nuevo criterio, no desconoce la vigencia del contrato de trabajo a término fijo en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina dicha modalidad contractual y a la cual puede seguir acudiendo el empleador de acuerdo con sus necesidades, conforme a lo dispuesto en los artículos 46, 55 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la búsqueda de una armonía entre la libertad contractual y la protección de la maternidad en las relaciones laborales subordinadas, esta Sala en la sentencia SL3535-2015, rad. 38239, estableció la modalidad de protección intermedia, consistente en garantizar la vigencia del contrato de trabajo a término fijo durante el período de embarazo y por el término de la licencia de maternidad. Esta fórmula no desconoce la configuración del contrato de trabajo a término definido, pero en cambio, sí establece un estándar de protección similar al que les otorga la ley en las modalidades de contratos a término indefinido. Esta nueva modalidad de protección fue explicada en la citada sentencia bajo el siguiente discernimiento:

“La anterior posición de la Sala no es ajena a la jurisprudencia constitucional reconstruida en la sentencia de la Corte Constitucional SU 070 de 2013, según la cual, en vigencia de contratos de trabajo a término fijo de una

trabajadora embarazada, en cuyo ámbito se alega la expiración del plazo fijo pactado, es posible la extensión del contrato de trabajo «...por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores...», por virtud del deber de solidaridad que resulta predicable de los empleadores y con el ánimo de garantizar un ingreso económico suficiente a la madre, su protección en el sistema de seguridad social y resguardar los derechos del recién nacido. No obstante, en consideración de esta Sala, como ya se dijo, el lapso de protección más adecuado es el que coincide con el término del embarazo y de la licencia de maternidad posparto.

Con todo, vale la pena aclarar que, a pesar de la modalidad de estabilidad especial por maternidad, el contrato de trabajo a término fijo no puede perder su esencia temporal, de manera que se mantiene vigente únicamente por el tiempo necesario para darle protección adecuada a la maternidad. Por lo mismo, si dentro de ese periodo de estabilidad especial, durante el embarazo y por el término de la licencia de maternidad posparto, se ha hecho uso del preaviso establecido en la ley para el fenecimiento del plazo fijo pactado, el contrato se mantendrá por el tiempo que faltare para cumplirse el término de protección, vencido el cual fenecerá la vinculación sin formalidades adicionales.

Con ello, en los términos de la Corte, se resguarda la naturaleza especial de los contratos de trabajo a término fijo y la libertad empresarial de contratación, pero también se rescata la protección especial a la maternidad, como un bien de interés superior amparado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad posparto. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe fenecer sin formalidades adicionales.

Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso”.

Descendiendo al asunto sometido a estudio de la Sala, el Tribunal efectuó una clara distinción entre los efectos de la terminación unilateral de un contrato a término indefinido y los que produce la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo acordado frente a una trabajadora en periodo de gestación o maternidad, absteniéndose de confirmar la ineficacia declarada por el a quo, al inferir que no habiendo sido objeto de despido no era destinataria del marco de garantías y protección a los que aluden los artículos 239, 240 y 241 del CST; este criterio que se traduce en un déficit de protección de las trabajadoras cuya condición de gestantes o lactantes surge en vigencia de un contrato a término fijo.

Precisamente, la nueva postura jurisprudencial de esta Corporación, expuesta en líneas precedentes, está orientada a superar ese trato diferenciado con base en el cual ad quem negó la protección de la maternidad a la demandante, atendiendo el vencimiento

del plazo contractual como única razón para negar el amparo, soslayando los mandatos constitucionales de protección del trabajo en todas sus modalidades (art. 25), especialmente de las mujeres en embarazo o maternidad (arts. 43 y 53), configurándose una indebida aplicación del artículo 46.1 y una interpretación errónea de los artículos 239, 240 y 241 del CST, acorde con lo planteado por el recurrente”.

Volviendo al caso bajo estudio, como ya lo habíamos acotado, la actora estuvo unida a su empleadora UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS por medio de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, en el cual se pactò, en su clàusula 2ª la *“prestación del servicio para atender INCREMENTO PRODUCCIÓN, la cual durarà por el tiempo estrictamente necesario solicitado al empleador por el usuario. En consecuencia, este contrato terminerà en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del trabajador, sin que el empleador tenga que reconocer indemnización alguna”*; así mismo, acreditado está que el último contrato suscrito entre las entidades accionadas para el suministro de personal lo fue el SU-011, que se extendió del 1º de julio al 30 de septiembre de 2015, amèn de que la actora para esta data estaba gozando de licencia de maternidad, la que se extendió hasta el 17 de diciembre de 2015, lo que lleva a concluir que la culminación del contrato que unió a la demandante con UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS no obedeció a un despido sino, por el contrario, a la terminación de la obra o labor que originò la prestación del servicio a la empresa usuaria.

Ahora bien, la actora invoca el reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro, no obstante, acorde con las jurisprudencias citadas, como quiera que el contrato que unió a la actora con la empleadora estaba supeditado al tèmimo de duración de la obra, lo que procedería sería el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo que durò la licencia de maternidad, sin que en el sub examine salga avante el reintegro, aún más si tomamos en consideración que no se acreditò que subsistieran las causas que dieron origen a la contratación de la demandante por parte de UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, cual fue el contrato de suministro de personal por incremento en la producción de la empresa usuaria, tal como se indicò en el contrato de trabajo por obra o labor que la demandante suscribiera. No obstante lo anterior, siendo obligación de la empleadora haber acudido ante el inspector del trabajo en aras de que este determinara si subsistían las causas que dieron origen a la relación laboral, sin que se encuentre

acreditado que así lo hizo UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, sale avante la indemnización correspondiente al pago de 60 días de salario, prevista en el artículo 239 del C.S.T., como lo adujo la Corte Constitucional en la sentencia SU-75/18.

Para efectos de determinar el salario sobre el cual habrá de liquidarse la indemnización antes aludida, imperioso es precisar que dentro del contrato de trabajo suscrito por la demandante y UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS el 1° de marzo de 2013, se pactó un salario de \$1'093.070,00, el mismo que se evidencia dentro del documento denominado “ANEXO TÉCNICO SUMINISTRO DE PERSONAL FEBRERO A JUNIO DE 2015” y “ANEXO TÉCNICO SUMINISTRO DE PERSONAL DE JULIO A SEPTIEMBRE DE 2015” que obra en el plenario, por lo que será el que tomará el despacho para la respectiva liquidación de la indemnización en comentó, la que asciende a la suma de **\$2'186,140,00** por la que se impondrá condena a UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS.

Ante el fracaso del reintegro se torna viable examinar las reclamaciones restantes causadas en desarrollo del contrato de trabajo, como lo fueron el pago de salarios correspondientes a los meses de enero y febrero de los años 2013, 2014 y 2015, las prestaciones sociales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, calzado y vestido de labor, subsidio familiar, aportes a pensión, sanción por no consignación de cesantías a un fondo y sanción moratoria, invocados en la demanda.

Advierte la Sala que dentro del plenario, si bien obra como prueba documental las nóminas correspondientes al mes de noviembre de 2013, febrero de 2014 y febrero de 2015, además de los documentos denominados ANEXO TÉCNICO SUMINISTRO DE PERSONAL” de febrero a junio de 2015 y de julio a septiembre de ese mismo año, donde aparece el nombre de la actora y su cargo de instrumentadora, ello no da cuenta de que se hayan cancelado los salarios y prestaciones sociales causados en desarrollo del contrato de trabajo y que invoca en la demanda, siendo carga probatoria del accionado UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS acreditar su pago, por lo que se procederá a la liquidación de tales conceptos, advirtiendo la Sala que se tomará como salario base la suma de \$1'093.070,00 por ser el consignado en el contrato de trabajo

suscrito el 1° de marzo de 2013 y por cuanto el salario anotado en las nóminas de los años 2013 y 2014 es de \$1'000.000 y \$1'045.000 respectivamente, es decir, inferior.

**SALARIOS DE ENERO Y FEBRERO DE LOS AÑOS 2013, 2014 Y 2015:
\$6'558.420,00**

CESANTIAS				
Año	Días	Salario	TOTAL X AÑO	Total Adeudado
2013	300	\$ 1.093.070,00	\$ 910.892	
2014	360	\$ 1.093.070,00	\$ 1.093.070	
2015	270	\$ 1.093.070,00	\$ 819.803	
				\$ 2'823.765

INTERESES A LAS CESANTIAS				
AÑO	DIAS	CESANTIAS	Total Por Año	Total Adeudado
2013	300	\$ 910.892	\$ 91.089	
2014	360	\$ 1.093.070	\$ 131.168	
2015	270	\$ 819.803	\$ 73.782	\$ 296.039
				Doblados \$592.078

PRIMAS DE SERVICIOS				
AÑO	DIAS	SALARIO	Total Por Año	Total Adeudado
2013	300	\$ 1.093.070,00	\$ 910.892	
2014	360	\$ 1.093.070,00	\$ 1.093.070	
2015	270	\$ 1.093.070,00	\$ 819.803	
				\$ 2'823.765

VACACIONES				
AÑO	DIAS	SALARIO	Total Por Año	Total Adeudado

2013	300	\$ 1.093.070,00	\$ 455.446	
2014	360	\$ 1.093.070,00	\$ 546.535	
2015	270	\$ 1.093.070,00	\$ 409.901	
				\$ 1.411.992

No se accederà al reconocimiento de las horas extras, recargos nocturnos, domingos y festivos, toda vez que dentro del plenario no obra prueba que ofrezca certeza del número de horas extras laboradas, si las mismas fueron diurnas o nocturnas, los turnos cumplidos y si estos lo fueron en domingos y festivos; téngase presente que de las pruebas testimoniales se extrae que la actora cumplía una jornada de 8 horas diarias, aunque precisan que estas podían ser diurnas o nocturnas; aunado a ello, dentro del expediente se observan planillas de horarios correspondientes a los meses de abril a diciembre de 2013, marzo a diciembre de 2014 y enero a febrero de 2015, donde aparece el nombre de la demandante, los días en que le corresponde trabajar, pero no se indica si es jornada diurna o nocturna; en el mismo sentido, dentro de los citados documentos se anota cumplimiento de turnos y disponibilidad de 24 horas, pero no se precisa que día los cumplirá la demandante, sin pasar desapercibido además, que las planillas no se encuentran suscritas ni por el empleador ni por el representante de la empresa usuaria, solo tiene un sello y el nombre de la enfermera CARMEN URZOLA y LEYDIS GONZÁLEZ, sin que se acredite que estaban autorizadas para impartir el horario a la demandante.

Y es que sobre este tópico la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-5264 del 26 de noviembre de 2019, radicación No. 67978, M.P. ANA MARIA MUÑOZ SEGURA, indicó lo siguiente:

“Resulta necesario para la Sala recordar que la pretensión del reconocimiento de trabajo suplementario o los recargos por servicio en jornada nocturna o días dominicales o festivos, imponen al demandante la carga de probar, más allá de cualquier duda razonable, las horas que fueron laboradas en exceso de la jornada ordinaria o en condiciones extraordinarias y que se denuncian impagadas.

Ya esta misma Corporación tiene dicho que el trabajo suplementario o los recargos nocturnos no pueden estar sometidos a suposiciones y su probanza debe despejar cualquier duda respecto de las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que tuvieron ocurrencia (CSJ SL3009-2017, CSJ SL10418-2017 y CSJ SL10597-2017).”

Ante la omisión de la actora de probar el número de horas extras laboradas diurnas y nocturnas, así como los domingos y festivos en que se laboraron, se absolverá por ese concepto.

Igual suerte correrá la indemnización por omisión de suministrar calzado y vestido de labor, pues aunque el artículo 230 del C.S. del T. dispone que todo patrono que habitualmente ocupe uno o más trabajadores permanentes deberá suministrar cada cuatro meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un vestido de labor al trabajador cuya remuneración sea inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, el artículo 234 de la misma normatividad contempla la prohibición de compensar en dinero dicha prestación, lo que ha sido óbice para sostener jurisprudencialmente que la omisión del empleador en suministrar éstas puede generar en el trabajador perjuicios, que pueden ser reclamados en juicio, pero que para su prosperidad se requiere contar dentro del proceso con la prueba pericial que lleve al juez la certeza de su monto, prueba que no existe en el plenario, por lo que no se impondrá condena por este concepto.

En cuanto al subsidio familiar es imperioso precisar que la Sala de Casación Laboral ha señalado en sentencias como la SL-2889 del 18 de julio de 2018, radicación No. 48472, M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, lo siguiente para su procedencia:

“los artículos 18, 20, y 23 de la Ley 21 de 1982, establecen que son beneficiarios del régimen de subsidio familiar los trabajadores que: i) tengan el carácter de permanentes, ii) tengan una remuneración mensual de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, iii) trabajen diariamente más de la mitad de la jornada máxima legal ordinaria o totalicen un mínimo de (96) horas de labor durante el respectivo mes, y iv) tengan a cargo personas que dieran derecho a recibir la prestación.

El artículo 27 de la misma ley, consigna que «los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros» dan derecho al subsidio familiar. Por su parte, el artículo 28 señalaba que los hijos se consideran a cargo hasta los 18 años, pero, a partir de los 12 años, se debe acreditar su escolaridad, con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales, y, el artículo 36 establece que no pueden cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos, el padre y la madre cuyas remuneraciones sumadas excedan el equivalente al cuádruplo del salario mínimo legal vigente.

Así mismo, el artículo 3° de la Ley 789 de 2002 establece que tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores que: i) Tengan una remuneración mensual de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ii) laboren al menos noventa y seis (96) horas al mes, iii) que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Agregado a esto, el Parágrafo 1 de este artículo consagra en el numeral 1 que dan derecho al subsidio familiar en dinero los hijos a cargo de los trabajadores beneficiarios que no sobrepasen la edad de 18 años, sean «legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros», y establece que,

después de los 12 años de edad, se tiene que acreditar la escolaridad de los mismos en un establecimiento docente debidamente aprobado”.

En el sub lite, no se encuentra acreditado que la actora, con anterioridad a la licencia por maternidad que le fuera otorgada a partir del 17 de agosto de 2015 tuviera personas a cargo que generaran en el empleador la obligación de pagar el subsidio reclamado, por tanto se absolverà por este concepto.

Sobre los aportes a pensión reclamados advierte la Sala que dentro del expediente reposan las planillas de pago que dan cuenta de los aportes realizados a salud, pensión y ARL por el empleador CON TALENTO HUMANO favor de la demandante a partir del mes de mayo de 2013 hasta el mes de septiembre de 2014, por lo tanto, no acreditado por la accionada en mención los aportes correspondientes a los meses de marzo y abril de 2013, así como los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014, y enero a septiembre de 2015, se condenarà a la accionada UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS al pago de los mismos conforme a cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la actora o donde ella elija.

Frente a la sanción moratoria señalò la Sala de Casación Laboral en sentencia SL199-2021, Radicación N ° 77192 del 20 de enero de 2021, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador, que:

“En relación a la carga de la prueba respecto de la pretensión de indemnización moratoria ya ha adoctrinado esta Corporación, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso (SCL SL194 de 2019).

Así mismo, esta Corporación ha sostenido que «es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta». (SCL SL194 de 2019). Así se precisó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción

concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política”.

Dentro del plenario no queda duda de la omisión del empleador UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS de cumplir su deber de pagar a la demandante salarios y prestaciones sociales, sin que haya desplegado actividad tendiente a justificar su omisión o pueda presumirse buena fe, por lo que sale avante la sanción deprecada y por tanto se le condenará al pago de la suma diaria de **\$36.436,00** a partir del 1° de octubre de 2015 al 30 de septiembre de 2017, y a partir del 1° de octubre de 2017 el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta que se efectúe el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

Los mismos argumentos sirven de fundamento para impartir condena por la no consignación de cesantías a un fondo; no obstante hay que advertir que dentro del plenario se allegó documento que da cuenta de una consignación efectuada el 16 de febrero de 2015 al fondo de cesantías PORVENIR por la suma de \$666.000, suma que será descontada del valor total liquidado.

SANCION NO CONSIGNACION DE CESANTIAS						
Año	Fecha Inicial Sanción	Fecha Final Sanción	Salario Diario	Total Dias Sanción	Total	
2013	15/02/2014	14/02/2015	\$ 36.436	360	\$ 13.116.960	
2014	15/02/2015	30/09/2015	\$ 36.436	225	\$ 8.198.100	
2015	NO HAY DERECHO LA RELACION TERMINÓ EL 30/09/2016				\$ 21.315.060,00 - \$666.000 =	\$20'649.060

Por las resultas del recurso se impondrà condena en costas en primera instancia a cargo de UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, en esta instancia no se causaron.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral por duración de obra o labor entre ANGELICA MARIA ARCON CORDERO y UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS, antes CON TALENTO HUMANO, el cual se extendió del 1º de marzo de 2013 al 30 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LABORAL** e **IMPROCEDENCIA DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS ENTRE LA ESE HOSPITAL SAN NICOLAS DE PLANETA RICA** y UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** a UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS a pagar a la actora los siguientes conceptos y valores:

Salarios adeudados: \$6'558.420,00
Cesantías: \$2'823.765,00
Intereses a las cesantías doblados: \$592.078,00
Prima de servicios: \$2'823.765,00
Vacaciones: \$1'411.992,00
Indemnización correspondiente a 60 días por no acudir ante el inspector del trabajo:
\$2'186.140,00
Sanción por no consignación de cesantías en un fondo: \$20'649.060,00

CUARTO: CONDENAR a UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS a pagar a favor de la actora Aportes a pensión correspondientes a los meses de marzo y abril de 2013, octubre, noviembre y diciembre de 2014, y de enero a septiembre de 2015, conforme a calculo actuarial que realice el fondo de pensiones donde esté afiliada la demandante o donde ella escoja.

QUINTO: CONDENAR a UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS a pagar a la actora la suma diaria de \$36.436.00 a partir del 1º de octubre de 2015 al 30 de septiembre de 2017, y a partir del 1º de octubre de 2017 el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta que se efectúe el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

SEXTO: Costas en primera instancia a cargo de UNIVERSAL DE SUMINISTROS Y SERVICIOS SAS

SEPTIMO: ABSOLVER a los accionados de las demás pretensiones invocadas en la demanda

OCTAVO: Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

NOVENO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

CON IMPEDIMENTO
CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31--05-001-2019-00238-01 FOLIO 27-21**

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, TRECE (13) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Entra la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a desatar el recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la **sentencia** emitida en audiencia adiada primero (1º) de julio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **TONY CASARRUBIA GUZMÁN** contra **ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA**.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda.

Pretende el demandante se declare la existencia de una relación laboral con la entidad demandada entre el periodo comprendido del 1º de noviembre de 2015 al 7 de diciembre de 2019, el cual terminó de forma injustificada por el empleador; en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido injustificado, cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones por todo el período laborado, dotaciones; sanción moratoria; sanción por no consignación de cesantías, salarios de enero y 7 días de febrero del 2019, indemnización por no reportar los aportes a pensión de los últimos tres meses laborados, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente invoca el reintegro del actor, pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión desde el despido hasta que se lleve a cabo el reintegro.

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la sala sintetiza así:

Entre el actor y la ESE accionada existió una relación laboral regida por diversos contratos a término fijo que se prorrogaron sucesivamente desde el 1° de noviembre de 2015 al 7 de febrero de 2019, convirtiéndose en contrato a término indefinido.

Que a partir del 1° de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016 se suscribieron órdenes de prestación de servicios con la accionada, pactando un salario de \$1'100.000,00 mensuales; que el actor fue contratado por LABORANDO del 1° de enero de 2015 al 30 de abril de 2015 pactando un salario de \$644.350,00; posteriormente fue contratada por la Empresa de Servicios Temporales VALIDAMOS & F SAS del 1° de junio de 2016 al 31 de diciembre del mismo año, pactando un salario de 689.455,00; luego el actor fue contratado directamente por la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA del 1° de noviembre de 2017 al 15 de febrero de 2019 a través de OP, devengando un salario de \$1'100.000,00.

Que durante las diversas contrataciones el actor siempre cumplió las mismas funciones y el mismo horario, según indicaciones que le impartió la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA, entidad que terminó la relación laboral sin justa causa y omitió pagar las prestaciones sociales y vacaciones durante el vínculo laboral, además de que omitió afiliarlo a la seguridad social.

2. Contestación y trámite.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada a través de apoderado judicial por la accionada negando los hechos, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación laboral, buena fe, pago de la obligación y prescripción.

Las audiencias de ley se surtieron cabalmente; y, se profirió:

II. LA SENTENCIA APELADA

A la primera instancia se dio fin mediante sentencia del primero (1º) de julio de 2020 preferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, en la cual el Juez declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y la inexistencia del contrato de trabajo entre los sujetos procesales, además de imponer costas a cargo del demandante.

Fundamentò su decisión en que el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 regulò la calificación de los servidores de las ESE, precisando en su parágrafo que tienen la categoría de trabajadores oficiales aquellos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física y servicios generales; que en el presente asunto se está frente a una relación de trabajo entre una entidad pública y un particular que está regida por el Decreto 2127/45, y aunque encontró acreditada la prestación del servicio por parte del actor y a favor del accionado, concluyò que su actividad de conductor no estaba dirigida al mantenimiento de la planta física por cuanto no estaba dirigida a realizar los actos indispensables para evitar la pérdida o deterioro del bien. Así mismo concluyò tampoco estar enmarcada como de servicios generales por cuanto sus funciones no se limitaban a trasladar los pacientes sino que, por el contrario, requería de conocimientos de primeros auxilios y brindar una cierta atención a los pacientes dentro de la ambulancia, como lo era suministrarles el oxígeno, es decir, guardaba relación con aspectos sanitarios, lo que imposibilitaba darle la categoría de trabajador oficial y por ello concluyò no podría pregonarse la existencia del contrato de trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Muestra la parte actora su inconformidad con la sentencia de primera instancia al considerar que la relación contractual del demandante con la entidad accionada debe mirarse a la luz del Decreto 2127/90, teniendo presente que el actor se encontraba subordinado al accionado, cumplía un horario por turnos impuestos por la ESE y recibía una remuneración de aquèl, desde que fue vinculado a través de bolsas de empleo hasta que fue contratado directamente por la ESE.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en la segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2.- Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes reseñados, no es materia de discusión la relación laboral que existió entre el actor y la ESE accionada, por cuanto el juez de primera instancia en sus consideraciones sostuvo que el demandante si prestò sus servicios a la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA desempeñando funciones de CONDUCTOR DE AMBULANCIA; por tanto, el problema jurídico para discernir se circunscribe a determinar si la citada relación laboral estuvo regida por un contrato de trabajo.

A fin de desatar el problema jurídico es menester determinar la calidad que ostentò el accionante dentro de la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA como conductor de ambulancia, siendo imperioso traer a colación la autoridad de la H. CSJ, que en sentencia como la SL-1218 del 03 de abril de 2019, Radicación No. 63953, M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, señaló lo siguiente sobre los conductores de ambulancia de las empresas sociales del estado u hospitales públicos:

“El artículo 26 de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, previó:

Artículo 26º.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para

la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

[...]

Parágrafo. - Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (subrayado fuera del texto original).

Como se advierte, quienes laboren al servicio de las Empresas Sociales del Estado, excepcionalmente tendrán la calidad trabajadores oficiales cuando desempeñen actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales (...)

Esta Corporación al analizar las actividades desarrolladas por quienes han desempeñado el cargo de conductor de ambulancia, ha estimado que acorde con las funciones y los requisitos para acceder al cargo impuestos por mandato legal, el mismo no está relacionado con labores de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, pues su labor encaja dentro las actividades de carácter asistencial.

Para el efecto, ha sustentado que tal labor, conforme a las previsiones del artículo 3 del Decreto 1335 de 1990, reglamentario de la Ley 10 de 1990, normas que regulan la naturaleza de tal cargo y las funciones, encuadra dentro de las carácter asistencial dado que, no se trata de una «simple acción de conducir» sino que implica el «traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud» (CSJ SLI334-2018).

Asimismo, se ha fundamentado en que la labor asistencial tratándose de los servicios de salud, trasciende más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física, de ahí que incluya todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios. En tal sentido, las «labores incluso como el traslado de pacientes y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio tampoco pueden ser ajenas al área asistencial», lo anterior porque al tenerse al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la «profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios» (CSJ SLI8413-2017).

La Corte en reciente providencia, al analizar el caso de un trabajador que se desempeñaba como conductor de ambulancia en una ESE, consideró que tenía la calidad de empleado público por cuanto las funciones llevadas a cabo no estaban relacionadas con las de mantenimiento de planta física hospitalaria o de servicios generales, para lo cual se apoyó en lo previsto por el Decreto 1335 de 1990, reglamentario de la Ley 10 de 1990, específicamente en lo referente a las funciones del cargo de conductor de ambulancia y los requisitos exigidos para desempeñarlo.

Al respecto, dijo:

También ha explicado esta Corporación que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleadas públicas y, por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que para merecer tal condición, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades.

[...]

En ese orden, y teniendo en cuenta los conceptos ya fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», en la providencia ya referida se explicó lo siguiente:

Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. N.º 22324, explicó lo siguiente:

«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. N.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda

organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

*Los anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.
[...]*

Además, debe tenerse en cuenta que el Decreto 1335 de 1990 reglamentario de la Ley 10 de 10 de enero de 1990, por el cual se expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud en su artículo 3.º estableció como funciones de los conductores de ambulancia, último cargo que desempeñó el accionante, las siguientes:

*1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO. Ejecución de labores de conducción de vehículos automotores, lanchas, botes o similares, con el fin de **movilizar pacientes.***

2. FUNCIONES

- Transportar pacientes en ambulancia a los centros hospitalarios o asus (sic) domicilios.

- Velar por el mantenimiento y presentación del vehículo y responder por las herramientas a su cargo.

- Transportar suministros, equipos o materiales a los sitios encomendados, cuando se requiera.

- Realizar operaciones mecánicas sencillas de mantenimiento del vehículo a su cargo y solicitar la ejecución de aquellas (sic) más complicadas. - Manejar equipo de radiocomunicaciones.

*- **Colaborar con el traslado de pacientes, suministros o equipos.** - Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.*

Así mismo, refirió que quien ejerciera tal cargo debía cumplir los siguientes requisitos:

*3.1 Estudios. Aprobación de dos (2) años de educación secundaria, licencia de conducción y **curso de primeros auxilios.***

3.2 Experiencia. Dos (2) años de experiencia relacionada. (Resaltados fuera del texto).

Ahora, desde la Resolución n.º 9279 de 1993 del Ministerio de Salud por medio de la cual se adoptó el Manual de Normalización del Competente Traslado para la Red Nacional de Urgencias y se dictaron otras disposiciones, se consideró que «dentro de la prestación de los servicios de salud, las ambulancias deben ser una proyección de la atención institucional; eficiente, idónea y oportuna en la atención inicial del paciente urgente; del paciente crítico y del paciente limitado» y en su artículo 2.º previó que «el personal que forme parte del equipo médico

asistencial, si como el auxiliar (auxiliar de enfermería, radiocomunicador y conductor), deben tener la capacitación necesaria para que el servicio que se preste sea oportuno e idóneo y cumplir con los requisitos y funciones mínimas establecidas en el Decreto 1335 de 1990 o los contemplados en el Manual de Funciones y Requisitos, cuando se trate de entidades públicas».

A su vez, posteriores actos administrativos expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social dispusieron los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, tales como las Resoluciones n.º 001043 de 2006, 1441 de 2003 y 2003 de 2014, y en sus anexos técnicos en lo relativo a los conductores de ambulancia les sigue exigiendo una capacitación en primeros auxilios.

Entonces, no queda duda que la actividad que desarrolló el actor no estaba relacionada con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales y, por tanto, no podía ser catalogado como trabajador oficial, pues su labor encuadra en una de carácter asistencial, en tanto no se trata de una simple acción de conducir; implica además el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud (CSJ SL1334-2017; este subrayado es de la Sala).

En consecuencia, la Sala concluye que en ningún yerro jurídico incurrió el fallador de segundo grado al considerar que el promotor del proceso tenía la calidad de empleado público, dado que, según el anterior criterio jurisprudencial, las funciones previstas legalmente para el cargo de conductor de ambulancia, en concordancia con los requisitos exigidos para desempeñarse como tal, corresponden a una actividad de carácter asistencial, que no están relacionadas con actividades del mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales”.

Acorde con lo anterior, debe precisarse que en el caso estudiado no se desconoce la relación laboral que existió entre el demandante y la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA, incluso se extrae de las pruebas testimoniales la subordinación que el ente demandado ejercía sobre el demandante-trabajador; no obstante, ello no es suficiente para poder pregonar el contrato de trabajo que se pretende, atendiendo las funciones desplegadas por aquél y la naturaleza jurídica de la entidad que conlleva la imperiosa necesidad de examinar la categoría de sus empleados y la forma en que pueden ser vinculados, que para este caso, siendo una entidad pública, sus trabajadores son servidores públicos, clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, pero solo gozan de esta última calidad aquellos que desempeñen actividades relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Si tomamos en consideración las labores desarrolladas por el demandante al servicio de la ESE accionada, cual eran las de conductor de ambulancia, y atendemos lo expuesto por la jurisprudencia transcrita, amèn de la información que brindaron los testigos recepcionados en el sentido de que no se limitaban al traslado de pacientes sino que brindaban atención asistencial gracias a los conocimientos que debían tener de primeros auxilios, es indudable que el demandante ostentò la calidad de empleado público al servicio de la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA y su vinculación con èsta solo podía darse a través de una relación legal y reglamentaria, más no por un contrato de trabajo, pues este último vínculo solo se pregona frente a trabajadores oficiales.

Lo anterior se torna suficiente para confirmar la sentencia apelada. No se impondrá costas en esta instancia por cuanto no hubo replica de la parte accionada.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, conforme a la parte motiva de esta misma.

SEGUNDO: Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado