

**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°. 23-001-31-05-001-2019-00227-01 FOLIO 054-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por los gestores judiciales de la parte demandante y Clínica Montería S.A, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por QUETIS PATRICIA RUIZ GALLEGO contra CLINICA MONTERIA S.A.

II. ANTECEDENTES

2. Demanda

2.1. Pretende la parte actora se declare que entre ella y la sociedad CLINICA MONTERÍA S.A, existió contrato de trabajo a término indefinido, entre los extremos 16 de mayo de 2004 al 19 de enero de 2019, el cual terminó por causa imputable al empleador (despido indirecto); como consecuencia de lo anterior, arguye pago de acreencias laborales, indemnización por despido sin justa causa al tenor del artículo 64 del CST, reliquidación de prestaciones sociales atendiendo al promedio salarial realmente devengado y no el liquidado por la Clínica demandada, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones, expone los siguientes hechos sintetizados así:

- Afirma la actora, que en fecha 16 de mayo de 2004 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Clínica Montería S.A, a fin de ejercer el cargo de auxiliar de enfermería en las instalaciones de la sociedad, en un horario de lunes a domingo de 07:00 am a 07:00 pm y en ocasiones, de 07:00 pm a 07:00 a.m.
- Sostiene que las actividades fueron ejecutadas de manera personal y bajo las órdenes y supervisión de la sociedad demandada, quien le canceló como último salario, la suma de

\$835.000, pagaderos de forma quincenal en la proporción correspondiente.

- Aduce, que en fecha 19 de enero de 2019 radicó escrito ante la sociedad demandada, mediante el cual manifestaba la decisión de terminar de forma unilateral el contrato, bajo el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones sociales en la condiciones y periodos convenido, dado que, estos eran cancelados hasta con tres meses de retraso.

- Con ocasión a lo anterior, indica, que la convocada realizó formato de liquidación de acreencias adeudadas, sin embargo, sólo hasta el 07 de junio de 2019, le fueron consignadas las prestaciones sociales y demás acreencias que se le adeudaban, excepto la indemnización por despido sin justa causa.

- Finalmente, en fecha 18 de junio de 2019, la actora presentó reclamación de prestaciones sociales, indemnizaciones y salarios caídos.

2.2. Contestación y trámite

2.2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada CLINICA MONTERIA S.A, propuso las excepciones de mérito denominadas Prescripción, Inexistencia de la Obligación a Cargo de mi Representado y Buena fe.

Como argumento de la oposición, manifiesta que la mora alegada por la accionante, no es imputable a su defendida, dado que esta, tiene su génesis en la crisis financiera del sector salud, lo que originó retrasos en las obligaciones por parte de las Empresas Promotoras de Salud con quien Clínica Montería tenía contrato mediante el cual, le prestaba servicio de salud a los afiliados de estos; sumado al cierre definitivo de varias contratistas, entre ellas, Manexca, Comfacor y Emdisalud, a quienes la Supersalud inhabilitó el giro normal de los servicios prestados, lo que originó incumplimiento en las obligaciones a cargo de estas, así como la liquidación de GOLDEN GROUP, CAPRECOM, SALUDCOOP, HUMANA VIVR, SELVA SALUD, COMFENALCO ANTIOQUIA, dejando un déficit económico en la empresa.

Por lo anterior, aduce que su actuar no se encuentra revisto de mala fe, toda vez que, el incumplimiento en las obligaciones como empleador, obedeció a la crisis financiera que atravesaba la sociedad.

2.2.2. 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 entre las partes en

litigio, entre el 16 de mayo de 2004 al 19 de enero de 2019, el cual terminó por causas imputables al empleador, razón por la que condenó a CLINICA MONTERÍA SA, a cancelar a favor de la demandante, la suma de \$11.227.600, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, así como la indexación de esta, desde el 19 de enero de 2019 hasta que se verifique el pago total de lo adeudado, absolvió de los demás reclamados impetrados. Declaró no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN y PROBADA la de Buena fe.

Como argumentos de la decisión, expuso el a-quo, que en el sub examine quedó demostrado el despido indirecto, dado que, la actora cumplió con la obligación de exponer en forma oportuna los motivos de su renuncia, así como el incumplimiento sistemático, periódico y regular frente al pago de salarios, desconociéndose por parte del empleador las condiciones del contrato de trabajo; sumado a que, si bien la Clínica demandada atravesaba por una crisis económica, al tenor del artículo 28 del CPT, ese riesgo no lo puede asumir la ex trabajadora, sino no que, debía sortearlo la parte demandada y cumplir con las obligaciones que como empleador tiene a su cargo.

Frente a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, argumentó que esta no es de aplicación automática en atención a los criterios expuestos por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, a su sentir, la omisión frente al pago de prestaciones sociales al finalizar el nexo laboral, obedeció a razones serias y atendibles que desvirtúan la mala fe y presumen que el actuar de la sociedad demandada estuvo precedido de Buena FE, aunado a que los testigos fueron “sinceros” al exponer la situación por la que atravesaba la empresa y su alto índice de cartera en mora, razón por la cual, absolvió de esta sanción al demandado.

Finalmente, se refirió a la reliquidación de prestaciones sociales alegada por la parte actora, frente a la cual adujo que no existía soporte alguno del cual se extrajera que la actora devengó suma diferente a la liquidada por la Clínica demandada, por lo que absolvió. Condenó a la indexación de las condenadas basado en la pérdida del valor adquisitivo de sufre la moneda en países tercermundistas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte actora, a través de gestor judicial, presentó inconformidad sólo en lo que atañe a la absolución por sanción moratoria preceptuada en el artículo 65 del CST, bajo el argumento que lo adeudado a su defendida al terminar la relación laboral, era irrisorio frente a las deudas que ostenta la Clínica demandada, por lo que no es admisible, que sólo después de 6 meses, cancelará la obligación generada, bajo el supuesto de encontrarse en crisis financiera.

Sumado a lo anterior, aduce que en el plenario se muestra ausente documento contable que demuestre la imposibilidad del pago o el retraso del mismo, máxime cuando los testigos recaudos no fueron objetivos, pues estos, sólo se limitaron a expresar su opinión frente a la situación de la empresa.

4.2. APELACIÓN POR PARTE DE CLINICA MONTERIA S.A

Por su parte, CLINICA MONTERIA S.A, atacó la condena impuesta por concepto de indemnización por despido sin justa causa, manifestando que a la fecha en que la ex trabajadora presentó renuncia a su cargo, las causas alegadas se habían superado, dado que, para la data sólo le adeudaban el mes inmediatamente anterior a dicha calenda, lo que evidencia falta de inmediatez frente a los hechos que dieron origen a la renuncia y la calendada en que fue presentada.

Alegó que nunca desconoció los derechos de la actora, pues canceló algunas acreencias laborales antes de las fechas establecidas, y si existió deuda por algún concepto, fueron sufragadas hasta la fecha de retiro, por lo que, no inferirse que existió intención de causarle agravio frente a sus derechos como trabajadores, dado que, los posibles retrasos obedecieron a la falta de pago por parte de las EPS y entidades responsables del pago, sumado a la imposibilidad de embargar recursos de las contratistas, debido a la naturaleza de los recursos que estas manejan.

Finalmente, ampara su oposición basada en la buena fe que siempre ha existido por parte de Clínica Montería S.A

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte demandante se duele de un pronunciamiento corto y huérfano de explicaciones que hiciera el A-Quo respecto a la sanción moratoria, lo que además no comparte por cuanto aduce, si bien es cierto que hay abundante jurisprudencia de la Corte frente al tema, también lo es que en ella se determina que cada caso debe mirarse particularmente. Luego de citar varias sentencias sobre el tema aludido concluye que, a su sentir, la Corte parte de que la absolución solo es posible si se ha demostrado una conducta de buena fe por parte del empleador y mediante la presentación de razones atendibles que conduzcan a demostrar que ciertamente creía no deber, y que el motivo para no pagar sea atendible, según los hechos que conforman la conducta patronal; hipótesis que considera no encajan en la actitud adoptada por la demandada, que nunca demostró buena fe.

5.2. La CLINICA MONTERIA precisó que de la prueba testimonial se extrae que la entidad siempre ha estado presta a pagar los salarios y prestaciones a sus trabajadores y si bien hubo un período de relativo incumplimiento, no obedeció a mala fe o intención de defraudar a la actora, sino a la difícil situación del sector salud que es un hecho notorio dadas las múltiples noticias de la mora de las EPS y las intervenciones realizadas por Supersalud; amèn de que la entidad tuvo un proceso

de intervención forzosa desde agosto de 2009 a febrero de 2016, pero nunca desconoció sus obligaciones ni los derechos de la demandante.

Sostiene que el pago de las primas de diciembre y las cesantías del año 2018 se efectuaron antes de las fechas establecidas legalmente, lo que a su sentir demuestra buen fe, y que para la fecha de terminación del contrato laboral se había pagado casi toda la deuda laboral, quedando pendiente solo un mes de salario, con lo que considera desvirtúa la mala fe.

Frente al despido indirecto indica que, la actitud de la clínica no era sistemática y de ser así, fue con razones válidas, a causa de las múltiples liquidaciones.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, se ciñe a dilucidar: **(i)** ¿Debe existir inmediatez y causalidad, entre la fecha en que ocurrieron los hechos materia de renuncia y la data en que el trabajador presenta la misma, para que proceda el despido indirecto? **(ii)** ¿Procede la sanción moratoria ante la crisis financiera de una sociedad?

De entrada recordar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 417 del 27 de enero/21, radicado 71672, MP Dr Ivàn Mauricio Lenis Gómez, frente al despido indirecto, donde indicó lo siguiente:

“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).”

Para resolver el primer problema jurídico planteado, debemos virar la atención sobre el génesis motivo del presente asunto, esto es, renuncia presentada por la demandante ante su ex empleador – CLÍNICA MONTERÍA, recibida el 19 de enero de 2019, tal como se otea de las pruebas aportadas con el libelo demandatorio, en la que se indicó:

*“(…) El motivo de mi decisión la fundo en lo preceptuado por las causales 6ª y 8ª del literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo.
(..)*

Las causales en mención se basan en el hecho de que la CLINICA MONTERÍA S.A. ha venido incumplimiento de manera sistemática y sin razones legalmente válidas, la obligación que le asiste de pagarme el salario y las prestaciones sociales en las condiciones y periodos convenidos y como evidencia de ello se tiene lo siguiente:

- *Los periodos convenidos de pago son consignados extemporáneamente hasta con más de tres meses de mora.*
- *Las vacaciones no son pagadas en el periodo oportuno*
- *Los recargos nocturnos y horas extras no son pagadas oportunamente”*

Lo anterior permite concluir que la ex trabajadora dejó sentado con suma claridad los motivos de su renuncia, enmarcando tres puntos a saber: reiterado retraso en el pago de salarios, vacaciones y recargo nocturnos y horas extras, situación que no fue controvertida por la empresa convocada, pues esta abriga su omisión en la falta de recursos económicos a fin de sufragar de manera oportuna sus obligaciones como empleador.

Ahora bien, pretende la sociedad recurrente desestimar el despido indirecto, basado en que, para la fecha de radicación de la renuncia presentada por la actora, las inconformidades expresadas en tal documento habían cesado, toda vez que, sólo le adeudaba el valor corresponde al salario de diciembre del año inmediatamente anterior, por lo que pregona la falta de inmediatez y causalidad entre los hechos origen de la renuncia y la calenda en que esta se presentó.

Frente a la inmediatez alegada, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1455 radicación 61750 del 24 de abril de 2019 con ponencia de la Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo, rememoró:

“Sobre el particular, cumple recordar lo enseñado por la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 26 jun. 2012, rad. 44155, CSJ SL 16 jun. 2011, rad. 41271, y recientemente en la CSJ SL 2412-2016, en la que señaló:

Al margen de lo anterior, y frente a la discusión planteada por el censor, esto es, que en el sub lite no resulta viable aducir la falta de inmediatez entre el hecho generador de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la respectiva renuncia, debido

a que no existe disposición alguna que establezca un límite para el efecto, por cuanto los contratos de trabajo son de tracto sucesivo, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

(...)

Empero, existen ocasiones en la que, pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

(...)

Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.

Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo”.

Con fundamento en lo anterior y, teniendo en cuenta que uno de los tres puntos esgrimidos en el escrito de renuncia, aduce a los constantes retrasos en el pago de salarios, lo cual se causa de manera periódica, en este caso, de forma quincenal tal como se evidencia del contrato de trabajo anexo, al examinar los movimientos de cuenta allegados por Clínica Montería, se evidencia que entre los meses de junio a diciembre de 2018, la actora recibió extemporáneamente su salario, tal como a continuación se ilustra.

Año	Mes	Fecha de pago
2018	Saldo Junio de 2018	09/10/2018
	Julio	10/08/2018
	Última Quincena de Agosto	10/09 /2018
	Septiembre	13/11 /2018
	Primera Quincena de Octubre	11/12/2018.
	Última Quincena de Octubre	30/11/2018
	Noviembre	16/01/2019
	Diciembre	08/02/2019

Ahora, si bien la renuncia debe presentarse de forma oportuna a los hechos generadores de esta, no es menos cierto, que se encuentre establecido un plazo para ello, equivalente en meses o años, puesto que, existen situaciones constantes, que poco a poco desalientan la necesidad de prestar servicios vs recibir un pago extemporáneo, que muy seguramente se encuentra comprometido, ante la necesidad de sufragar obligaciones inherentes a todo trabajador, sin que ello implica que la renuncia surta sus efectos y menos aún que se pierda el derecho a ser indemnizado.

Conforme a lo acotado, no es admisible que la accionada Clínica Montería trate de desvirtuar un despido indirecto, solo porque al momento de la renuncia le adeuda el último mes de salario, pasando por alto que, 3 días previos a la presentación del escrito generador de la presente Litis, canceló el salario correspondiente al mes de noviembre de 2018 y en el mes de diciembre lo correspondiente al mes de Octubre de la misma anualidad, lo que equivale, a pensar que el despido sólo resultaría prospero dependiendo de la cantidad de dinero que se le adeude al trabajador, más no, basado en el incumplimiento sistemático por parte del empleador en el pago de sus salarios, que entre otras, se convierte en la única fuente de ingreso de éste.

Y es que, condicionar el despido al número de salarios adeudados, desnaturaliza la protección que la misma norma consagra a favor de quien se le ha incumplido el objeto contractual pactado, en este caso, el salario.

Aunado lo anterior, lo cierto es que, para la fecha de radicación de la renuncia, el empleador se encontraba en mora en el último mes de salario, así como en el pago de vacaciones correspondientes a la anualidad 2018 y no porque se tratase de situación esporádica, sino, recurrente y reiterativa por parte de éste, que busca respaldar en la crisis financiera que en nada puede afectar los derechos de los trabajadores, dado que, como sociedad cuenta con respaldos económicos a fin de sufragar por lo menos, el salario de sus colaboradores y no amparar su omisión en la falta de ingresos de quienes figuran como contratista de la entidad.

Por tanto, la renuncia fue presentada de manera oportuna, coetánea a los hechos que derivaron la decisión, al punto que, para la fecha se itera, el empleador se encontraba en mora, sumado a ello, el silencio de la trabajadora durante el año 2018, no es indicio que demuestre aceptación en la omisión en que incurrió su empleador, toda vez que, el *“trabajador es la parte débil de la relación laboral y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor se presentan”* (SL014/2020) y menos aún, que al finalizar el contrato exponga los incumplimientos de su empleador y que ello exonere de la sanción establecida al empleador, al considerarlo extemporáneo.

Frente a esta última situación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia antes referenciada SL014 del 22 de enero de 2020, radicación 66324 con ponencia del Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, rememoró la sentencia CSL SL10497 de 2017, en esta última se indicó:

“(...) Pero lo que resulta ser más relevante para desestimar en tal sentido el ataque de la recurrente es recordar que la falta de reclamación del trabajador sobre el pago en debida forma de sus acreencias laborales no purga su precariedad o defecto, ni excusa al empleador de no hacerlo conforme corresponde, pues, a lo sumo, lo que puede producir esa falta de reclamación en el tiempo es a que si se llega a cumplir el previsto como mínimo en la ley, la acción o el derecho prescriban, pudiéndose, en todo caso, interrumpirse de no haberse cumplido, o renunciarse de

haberse producido. Por lo anotado bien puede decirse que es al empleador a quien compete efectuar el pago debido al trabajador, “al tenor de la obligación”, tal cual lo exige el artículo 1627 del Código Civil, para no exponerse al pago de, adicional a lo debido, indemnizaciones como las aquí reclamadas. En suma, no puede excusar el empleador su falta de diligencia y cuidado en el pago de sus obligaciones pecuniarias al trabajador con una no exigida legalmente acuciosidad del trabajador en su reclamación”. Resaltado de la Sala.

Así las cosas, es claro que el despido indirecto no se encuentra condicionado a que la renuncia se presente de forma inmediata a los hechos que originaron la voluntad de terminar el contrato y menos aún, a la suma adeudada, o más de dos mensualidades vencidas, pues este puede presentarse incluso al finalizar el vínculo, siempre y cuando, para la data de radicación del escrito, exista incumplimiento en las obligaciones a cargo del empleador, quien además, en el caso bajo estudio, ha sido recurrente, constante, periódico, dado que acreditado está CLINICA MONTERIA S.A retrasó el pago de salarios a la trabajadora de forma habitual en lo que respecta al año 2018, lo que motivó a la actora renunciar para la calenda 19 de enero de 2019.

Tocante al segundo de los problemas jurídicos planteados atinente a la procedencia de **la sanción moratoria ante la crisis financiera de la sociedad**, para resolverlo, deben precisarse dos situaciones:

Al finalizar la relación laboral -19 de enero de 2019-, CLÍNICA MONTERÍA SA, liquidó las acreencias adeudas a la actora, sin embargo, el pago sólo se materializó el **07 de junio del mismo año**, tal como lo acepta la demandada.

Asimismo, que los motivos que generaron la omisión frente al pago en los términos pactados en el contrato de trabajo y previstos en la ley, obedecieron a la crisis financiera que atravesaba el sector salud y que impactó en las arcas de CLÍNICA MONTERÍA, dado que, como aduce la accionada, muchos de sus contratistas fueron liquidados por la Superintendencia Nacional de Salud, generándole déficit para atender las obligaciones como empleador.

Tenemos entonces que el artículo 65 que regula la INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO prevé:

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo...” (Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual veinte o menos).

Ahora, ha sido posición quieta y pacífica de la Sala de Casación Laboral, que dicha sanción no procede de manera autónoma, dado que, debe analizarse la conducta del empleador que motivó la mora; sin embargo, como la Clínica recurrente alegó crisis financiera, se torna imperioso citar lo expuesto por la Alta Corporación en proveído SL1885 del 11 de mayo de 2021, radicación 86438 con ponencia de la Dra. Dolly Amparo Caguasango Villota, al resolver recurso de casación

interpuesto por Fundación Universitaria San Martín, quién alegaba crisis financiera, indicó:

“Para finalizar, esta Corte resalta que, aunque la Fundación recurrente pretende invocar razones de tipo económico y de crisis financiera para justificar la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones como empleador, tales motivos no son atendibles ni permiten descartar su mala fe en la forma de ejecución de la relación de trabajo, tal como lo ha sostenido esta Sala, por ejemplo, en decisión CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 38189, en la que se discutía un asunto similar contra esta misma accionada:

En primer término, es preciso señalar que la discusión se enfoca en establecer si el incumplimiento de la entidad universitaria en el pago de las obligaciones laborales, que se encuentra fuera de discusión desde la contestación de la demanda, lleva a concluir con el superior que el actuar de la demandada no estuvo asistido de la buena fe, habida cuenta que no demostró el pago total de las prestaciones sociales...o, con la demandada recurrente, que no puede endilgarse mala fe ... al tardarse en el pago de tales sumas, ...pues mi representada no sólo ha reconocido tal obligación, sino que en la medida de la situación financiera de la empresa, realizó los primeros pagos que se vieron interrumpido(sic) por la presentación e inicio de la demanda.

No aparece en modo alguno justificable del incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales las dificultades financieras que pudiere afrontar un empleador, y, menos aún, como en el sub lite, que no honre sus propios compromisos resultantes de un acuerdo realizado con las demandantes posterior a su incumplimiento inicial; además, que disculpe la falta de cancelación del saldo insoluto en la acción judicial a la que se vieron obligadas a incoar las actoras para reclamar el pago total de sus acreencias.

Disto la conducta de la demandada de un proceder ajustado a la buena fe que la ley demanda de los contratantes y que exige al empleador que, sin dilaciones ni excusas, responda a sus deberes contractuales en la oportunidad debida y en las sumas que con suficiencia paguen las obligaciones dinerarias resultantes del vínculo que ató a las partes”.

Así las cosas, el actuar de CLÍNICA MONTERÍA S.A, al retrasar el pago de prestaciones sociales y salarios adeudados a la actora por más de 5 meses, respaldado en una crisis financiera del sector salud, que dicho sea de paso no quedó demostrado dentro del plenario, no acredita la buena fe que exige la norma, dado que no es admisible valerse de una situación propia del riesgo que asume cualquier sociedad, quien en el giro normal de sus negocios celebra contratos de prestación de servicios los cuales pueden, o no, derivar en incumplimientos, para exonerarse de sus obligaciones como empleador, toda vez que la parte débil de la relación laboral no puede verse afectada por los desaciertos en que incurran los presuntos deudores de su empleador, máxime, cuando el contrato de trabajo no está condicionado al recaudo mensual o anual de las acreencias que el patrono tenga frente a un grupo de deudores. Amèn de que, la crisis financiera pregonada no obedeció a causas impuestas por el Gobierno Nacional a la accionada Clínica Montería, pues de ello nada se arguye en el recurso, sino en el incumplimiento por parte de un grupo significativo de EPS en el pago por los servicios prestados por el centro asistencial a sus afiliados de las EPS, con quien aduce la accionada tenía contrato sin que se evidencia prueba de estos con EPS SALUDCOOP, EMDISALUD EPS, CAFESALUD, MANEXCA, la cuales, fueron liquidadas por la Supersalud tal como lo manifiesta la sociedad recurrente. No obstante, lejos de entrar a debatir la existencia o no de los contratos aludidos, lo cierto es que CLÍNICA MONTERÍA, incurrió en mora injustificada frente al pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas a la actora, haciéndolo

merecedor a la sanción moratoria de un día salario por cada día de retraso, tal como lo dispone el artículo 65 del CTS.

Acorde con lo anterior, se revocará parcialmente el fallo apelado en el sentido de condenar a CLÍNICA MONTERÍA S.A, por concepto de sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, contados desde el día siguiente a la terminación del vínculo, esto es, 20 de enero de 2019 hasta el 06 de junio del mismo año, fecha en la cual le fue cancelada la liquidación final de prestaciones sociales y salarios adeudados, sumado a que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses a la finalización del contrato laboral.

Así las cosas, tomando el último salario devengado por la actora y que de acuerdo a la liquidación final, fue de \$850.000,00, y una suma diaria de \$28.333,00, por 136 días en mora, le corresponde a la actora una indemnización equivalente a \$3.853.288-

6.3. Costas.

Se impondrán costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, atendiendo los resultados de la alzada y la réplica de la parte demandante; y, 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, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán las agencias en derecho en esta instancia en 1 SMMLV a favor de la actora, que según el numeral 1° del 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.

VII. 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia apelada y en su lugar **CONDENAR** a CLINICA MONTERÍA S.A, a reconocer y pagar a favor de la actora QUETIS PATRICIA RUIZ GALLEGO la suma de \$3.853.288, por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CTS.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE**

propuesta por la accionada.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CUARTO. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

QUINTO: 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 CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23 001 31 05 005 2020-0117-01- FOLIO 069-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ENCARNACIÓN COGOLLO DUEÑAS, y la consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante solo ha tenido como única afiliación válida y eficaz la realizada en el régimen de prima media con prestación definida; se condene a COLFONDOS S.A trasladar los aportes con sus respectivos rendimientos financieros al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, advirtiéndole a COLFONDOS S.A. que no puede realizar descuentos por el pago de mesadas pensionales realizado a la demandante por el reconocimiento de la pensión de vejez que realizó en el mes de abril de 2017; a su vez se condene a COLPENSIONES recibir los aportes que realizó en el RAIS y

que sean trasladados por COLFONDOS S.A.; se proceda por dicha administradora al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2016; al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que

- La demandante nació el 20 de junio de 1959.

- La actora laborò desde el 24 de noviembre de 1987 con el Hospital Infantil UNI Lore, siendo afiliada al régimen de prima media administrado en ese entonces por el ISS, hoy por COLPENSIONES.

- Que en el mes de diciembre de 1999 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliándose a COLFONDOS S.A., sin que èste le informara documentalmente acerca de las consecuencias negativas o positivas de dejar el régimen de prima media; no le advirtió el monto de capital que debía reunir en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez digna, como tampoco la diferencia del monto de la mesada pensional en ambos regímenes.

- Mediante carta del 5 de abril de 2017, COLFONDOS informa a la actora el reconocimiento de su pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual para dicha anualidad.

- El 21 de julio de 2020 la demandante solicita traslado de régimen ante COLPENSIONES, entidad que mediante misiva de la misma fecha la niega bajo el argumento de que está a menos de 10 años de cumplir los requisitos para pensionarse.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.1.2. COLPENSIONES propuso 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, BUENA FE.

2.1.3. COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de AUSENCIA DE VICIO DE NULIDAD EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE GENERÓ EL TRASLADO DE REGIMEN, SITUACION PENSIONAL CONSOLIDADA DEL DEMANDANTE, CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN.

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 accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, en COLFONDOS, que hiciera la demandante el 30 de noviembre de 1999 con efectividad al 1° de enero de 2000; en consecuencia declaró que la actora se tendrá como siempre vinculada al régimen de prima media; se condenò a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez, a COLFONDOS devolver las sumas que tenía la demandante al momento en que se le reconoció la pensión el 5 de abril de 2017 incluyendo bonos pensionales, gastos de administración y rendimientos financieros sin que haya lugar a descontar las sumas pagadas por el fondo por concepto de mesadas pensionales.

A su vez ordenó el A-QUO a COLFONDOS devolver la diferencia que resulte de la pensión que reconozca COLPENSIONES, sin que el primero de los mencionados suspenda el pago de la pensión hasta tanto COLPENSIONES incluya en nómina a la actora y empiece a asumir el pago de la prestación.

Como fundamento de sus decisiones precisò el fallador de primera instancia que la ley 100 de 1993 y la jurisprudencia desde el año 2008 han dispuesto el deber de información al momento de surtir el traslado de régimen, información que debe ser comprensible y comprender las ventajas y desventajas de los dos regìmenes, que coexisten, pero son excluyentes, para así poder pregonar la libre escogencia; concluyendo que en el caso estudiado no se demostró por COLFONDOS que dio la información a la accionante, carga probatoria que le incumbìa, sin que la suscripción del formulario supla el requisito del consentimiento informado, omisión que lleva como consecuencia la ineficacia del traslado, cuyos efectos son que todo vuelve al estado anterior al traslado, dejando a salvo las sumas recibidas por el trabajador de buena fe.

Considerò que lo anterior no se modifica por la circunstancia de que la demandante esté disfrutando de una pensión reconocida en el RAIS, por cuanto la Corte ha sostenido que es insaneable lo que nunca produjo efectos jurídicos, lo que nunca existió, amèn de que la ineficacia no está condicionada, basta la ausencia de la información.

Condenò a COLPENSIONES a reconocer pensión de vejez a la actora atendiendo a que cotizò 1519,71 semanas del 24 de noviembre de 1987 al 21 de julio de 2017, alcanzando 57 años el 30 de junio de 2016, ello acorde con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; precisò que si bien la causación del derecho se dio el 30 de junio de 2016, la demandante continuó laborando, por lo que el disfrute de la pensión lo sería a partir del 5 de abril de 2017, fecha para la cual le fue concedida la pensión de vejez en el RAIS.

Para efectos de obtener el valor de la pensión, partió de un IBL sobre los últimos 10 años cotizados por serle más favorable, que arrojò la suma de \$2'435.940, al que aplicò una tasa de reemplazo de 68,35%, obteniendo una mesada pensional de \$1'664.965 para el año 2017; impuso el derecho a una mesada adicional pagadera en el mes de diciembre, y decretò la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 21 de junio de 2017, por cuanto solicitò el traslado al régimen de prima media el 21 de junio de 2020. Condenò al pago de un retroactivo en la suma de \$42'897.003; impuso condena en costas a cargo de las accionadas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de la parte DEMANDANTE

Plante su inconformismo exclusivamente con la tasa de reemplazo obtenida por el juzgado por cuanto, a su sentir, la actora con 1503 semanas de cotización y con posterioridad a las primeras 1.300 arrojan 4 grupo de 50 semanas adicionales, lo que llevaría incrementar el porcentaje en un 1,5 por cada 50 semanas adicionales, equivalente a un total de 6 puntos adicionales, correspondiendo a una tasa de reemplazo de 69,855, que al ser aplicada al IBL obtenido por el despacho, arroja un valor de la mesada pensional de \$1'701.504,oo.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A fue valida por cuanto no se evidenciò ningùn factor que pudiera viciar su consentimiento; que el traslado es un acuerdo

de voluntades que solo involucra a las partes que en él intervinieron y COLPENSIONES fue ajena a esa circunstancia, por lo que las consecuencias de la decisión tomada por la actora no pueden ser asumidas por la entidad, amèn de que la accionante no ejerció la voluntad de retracto. Destaca la prohibición de movilidad de régimen para quien ostente el status de pensionado, respaldado en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993. Pide se absuelva a la entidad de la condena en costas por cuanto no tuvo implicación en el acto de traslado y actuó sin temeridad dentro del proceso.

4.3. Apelación de COLFONDOS S.A

Plantea la improcedencia de la ineficacia del traslado por cuanto se dio conforme a la norma vigente en el momento; indicó que a la actora se le informó las características de la pensión en el RAIS, indicándole que dependía del capital ahorrado y del comportamiento de este en el mercado con la administración que hiciera COLFONDOS, además de los bonos a que tuviera derecho, lo que configura una diferencia con el régimen de prima media.

Sostiene que la obligación que se le impone al fondo apareció por constitución jurisprudencial en el año 2008 y solo en el año 2014 se le exigió la información documentada; que se torna procedente la prescripción por cuanto no se cuestiona el derecho a la pensión, que ya le fue reconocida por el RAIS, sino que la discusión recae en la legalidad de un acto de traslado siendo aplicable las normas de prescripción del artículo 488 del C.S. del T.

Manifiesta que en el caso hay una situación jurídica consolidada, con la pensión que le fue reconocida a la demandante a través de la garantía de pensión mínima, lo que la excluye del sistema de pensiones.

Se duele de que se haya ordenado devolver los descuentos por gastos de administración, por cuanto considera fueron autorizados por el artículo 20 de la Ley 100, amèn de que se generaron gastos de seguro y reaseguros cuyos dineros van a un tercero y no están en el patrimonio del fondo; finalmente aduce que la prohibición de descontar las sumas pagadas configura una sanción que se impone al poseedor de mala fe o por deterioro de la cosa, pero en el caso estudiado la cuenta de la actora no sufrió deterioro sino incremento por los rendimientos, y el deterioro que ha tenido es por el pago de la pensión.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **DEMANDANTE** reitera los argumentos planteados en el recurso de alzada, en el sentido de estar en desacuerdo con la tasa de remplazo que fue liquidada por el señor juez, en un monto de 68,35% toda vez que la actora cuenta con 1503 semanas cotizadas lo que nos lleva a deducir que cuenta con 4 grupos de 50 semanas con posterioridad a las primeras 1300, y no 3 grupos de 50 semanas, como equivocadamente lo liquido el a-quo, lo que nos lleva a concluir que la tasa de remplazo real es de 69,85%. Por lo anterior debemos aplicarle la tasa de remplazo del 69,85% al ingreso base de liquidación IBL, de \$ 2.435.940, lo que nos arroja una pensión inicial por valor de \$ 1.701.504, para el año 2017, razón por la cual -indica- debe ser modificada la sentencia en ese sentido, y calcular el retroactivo pensional conforme el monto real de la mesada pensional con sus reajustes de ley para cada año subsiguiente.

Oportunamente la administradora **COLPENSIONES**, a través de apoderada sustituta, allega escrito donde argumenta que examinadas las pruebas documentales como lo es la cédula de ciudadanía de la demandante, da cuenta que nació el 30 de julio de 1959 por lo que a la fecha alcanzó los 61 años de edad, sin que sea beneficiaria del régimen de transición; que inició en el régimen de prima media con prestación definida para luego trasladarse al RAIS, decisión que se presume adoptó de manera libre y en la que no medio autorización ni consentimiento diferente al de ella, permaneciendo afiliada a dicho régimen la mayor parte de su vida sin que nunca hubiera manifestado su intención de volver a trasladarse de régimen con anterioridad a esta disputa; que el acto de afiliación es un contrato reglado y por ende creador de obligaciones para ambas partes, sin que exista en nuestro sistema un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente acepte o autorice la afiliación, por lo que es la administradora escogida la que revisa el formulario y acepta la afiliación o traslado.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si puede pregonarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que hiciera la actor, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que le fuera concedida en el RAIS *(ii)* De ser así, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados.

6.3. NULIDAD Y/O DE LA AFILIACIÓN DEL REGIMEN PENSIONAL.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de

desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, detallamos que con la contestación a la demanda presentada por COLFONDOS, se allegò el formulario de traslado de AFP que hiciera la demandante al fondo de pensiones mencionado, fechado 30 de noviembre de 1999, el cual contiene la leyenda en formato pre-establecido por la entidad

de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos la actora y la exigible en la ley para poderse establecer que se configurò el consentimiento informado.

Por tanto, siendo deber legal de las administradoras y fondos de pensiones acreditar fehacientemente que brindaron la información clara, completa y veraz al afiliado de las características, ventajas y desventajas que ofrecen los dos regímenes pensionales -RPM y RAIS, deber que no demostró haber cumplido en el sub examine COLFONDOS S.A., no puede pregonarse que el traslado que realizó la demandante lo fue bajo consentimiento informado.

No obstante, llama la atención que en el caso estudiado la accionante realizó su traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, y al momento de invocar la nulidad y/o ineficacia del mismo, se encuentra gozando de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima a partir del 5 de abril de 2017, de lo cual ofrece certeza la misiva que le remitió COLFONDOS en esa misma data y que fue arimada a la demanda, amèn de los documentos que dan cuenta del trámite del bono pensional surtido por el Ministerio de Hacienda, los diversos comprobantes de pago de nómina que evidencian la modalidad de Retiro Programado que seleccionò la actora, es decir, la demandante alcanzó una prestación propia del sistema pensional que ampara el riesgo de la vejez y por tanto goza de la condición y el status de pensionada.

Lo anterior torna imperioso traer a colación la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicado 844775, con ponencia de la magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO donde la Corporación en un caso similar precisò:

“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones

jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión.

Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”.

Acorde con lo anterior, sin desconocer la ausencia de información a la que alude la demandante al momento de realizar su traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, no es posible acceder a decretar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, pues para el momento de invocar la misma ya tenía consolidado el estatus de pensionada, prestación concedida bajo la garantía de pensión mínima que ameritó la participación de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y finalmente el reconocimiento por este último.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que no fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de revocarse la sentencia apelada.

6.4. COSTAS.

Finalmente, atendiendo los resultados del recurso de alzada, las costas en ambas instancias irán a cargo del demandante, ello en virtud del numeral 4° del artículo 365 del CGP, precisando que las costas de primera instancia serán a favor de COLFONDOS Y COLPENSIONES y serán fijadas por el juez de primera instancia, mientras que las de segunda instancia solo serán a favor de COLPENSIONES, dada la réplica de la parte demandante.

Y, 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 aquellas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán las agencias en derecho en esta instancia en 1 SMMLV a favor de COLPENSIONES, que según el numeral 1° del 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.

VII. 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,

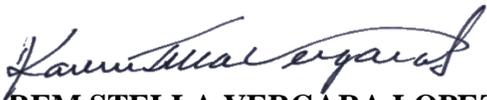
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo del demandante. Las costas de primera instancia serán a favor de COLFONDOS Y COLPENSIONES y serán fijadas por el juez de primera instancia, mientras que las de segunda instancia solo serán a cargo de COLPENSIONES. Las agencias en derecho en esta instancia lo serán en la suma de 1 SMMLV a favor de COLPENSIONES.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
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 05 005 2020-00177-01- FOLIO 080-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 15 febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MELANIO VELOYEZ AGUILAR, y la consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora MELANIO VELOYEZ AGUILAR, se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PROTECCION. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PROTECCION S.A a trasladar los aportes con sus respectivos incrementos e intereses, rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES; a su vez se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS, y se proceda por dicha administradora al reconocimiento de la pensión que le fue otorgada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, además de indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que

- El señor MELANIO VELOYES AGUILAR nacido el 22 de enero de 1958, cotizó al antiguo ISS, hoy COLPENSIONES, desde el mes de noviembre de 1986 hasta noviembre de 1994; un total de 396,14 semanas.

- Precisa que fue visitado por asesores de PROTECCION S.A.S y fue persuadido para realizar el cambio de fondo de pensión, bajo el argumento de que el ISS cerraría. Arguye que ha cotizado al sistema hasta la presentación de la demanda un total de 1.580.85 semanas para los riesgos de vejez, muerte e invalidez.

- El señor MELANIO VELOYES AGUILAR solicitó su pensión de vejez a PROTECCION S.A. y el 04 de mayo del 2020 le fue reconocida en cuantía de un (1) SMLMV.

- Arguye que los asesores de PROTECCION S.A. nunca le ofrecieron una información completa y comprensible de las consecuencias del traslado al nuevo régimen pensional; nunca le informaron que perdería los beneficios establecidos en el régimen de transición dispuesto en la ley 100 de 1993 en lo referente al porcentaje de liquidación, monto de la pensión y edad de pensión, como tampoco que el monto de la pensión depende del capital ahorrado.

- Que el promedio de los salarios devengados por el señor MELANIO VELOYES AGUILAR durante los últimos 10 años es superior a los dos millones de pesos (\$2.000.000), lo que arrojaría una mesada pensional mensual superior en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

- El demandante solicitó el traslado a COLPENSIONES el 21 de octubre de 2020, no obstante fue negado por ostentar el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.1.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de RECONOCIMIENTO DE UNA PRESTACIÓN ECONÓMICA EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA o GENERICA.

2.1.3. PROTECCION propuso las excepciones de AUSENCIA DE VICIO DE NULIDAD EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE GENERÓ EL TRASLADO DE REGIMEN, SITUACION PENSIONAL CONSOLIDADA DEL DEMANDANTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN e INNOMINADA o GENERICA

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 accedió a las pretensiones de la parte demandante MELANIO VELOYES AGUILAR, por considerar que la AFP PROTECCION no cumplió con su deber de brindar información veraz y completa frente a las ventajas y desventajas de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación. De igual forma ordenó a la AFP PROTECCION, devolver, entregar o reembolsar todos los valores que hubiere recibido para pensión efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros y cuotas de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES tener al actor como afiliado y concederle el estatus de pensionado; como si nunca hubiese estado desafiliado de la AFP, junto con los recursos que la AFP PROTECCION S.A, gire a su favor por la declaratoria de ineficacia.

Los fundamentos del juez están encaminados a determinar la ineficacia del traslado, la posible declaratoria de ineficacia ostentando el demandante la condición de pensionado y los efectos de la eficacia frente a Colpensiones y protección. La tesis del juzgado y el sentido del fallo están orientados a la declaratoria de la ineficacia aun siendo el demandante pensionado, ello fundamentado en el artículo 13 de la ley 100 de 1994 y los artículos 271 y 272 que hablan sobre la libre escogencia del régimen pensional y sobre sanciones al empleador cuando impida la escogencia del régimen.

Así mismo, la Corte Constitucional desde el año 2008 ha establecido la tesis de que, si no se da una debida información acerca de las ventajas y desventajas respecto a la escogencia del régimen, esa afiliación resulta ineficaz. La Jurisprudencia de la Corte ha sido Constante y Permanente al explicar que el derecho a la Pensión es un derecho fundamental y la mínima obligación que recae sobre las administradoras es la de brindar toda la información pertinente de los requisitos, ventajas y desventajas a la hora de explicar los regímenes existentes y cual sería el más favorecedor de acuerdo con los intereses del trabajador.

El Juez trae a colación varios precedentes jurisprudenciales tendientes a fundamentar la tesis que adopto, entre ellas la SL1452 de 2019 y la SL2970 de 2020 en donde a groso modo manifiestan que: *“el libre albedrío de la escogencia de régimen no se limita a una simple manifestación de la voluntad; si no, que debe ser fruto del ejercicio de libertad informada, la cual solicita que cada decisión debe estar precedida, accedida y debe ser suficiente a la persona que desee un cambio de régimen”*. La SL1689 de 2019, la SL4426 de 2019, llegan a la conclusión inexorable y repiten que debe darse una información veraz y que pueda ser comprendida, así como explicativa que sea encaminada a escoger el régimen con las mejores ventajas para el trabajador.

Ahora bien, respecto al estatus de pensionado que ostenta el demandante, la Corte no cambia de posición respecto a esta condición, ya que no se puede limitar el derecho a la pensión. Una cosa son los requisitos y los diferentes regímenes, pero el derecho a la pensión es uno solo y es imprescriptible. La jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterativa cuando estudia la ineficacia, no depende ni de que se haya adquirido un derecho, ni de que esté en transición, solo hay que mirar si a la época en que se dio el traslado, se brindó la información correcta. El hecho de que el demandante se encuentre pensionado en nada le resta para el despacho validez, ya que la ineficacia determina un acto que nunca existió y lo que nunca ha existido no tiene validez, la ineficacia no está condicionada, el deber de información es para todo.

Trae a colación las sentencias SL31314 de 2011, SL33083 de 2011 y SL12136 de 2014 todas hablan sobre la calidad de pensionado de los demandantes. La SL4336 de 2020 *“la ineficacia del traslado no se encuentra atada al hecho de que el asegurado este próximo a pensionarse”* Para que haya ineficacia solo basta que se haya soslayado el deber de información frente a la validez del acto jurídico de traslado y así como lo ha reiterado la Corte deja sin efecto todo y las cosas vuelven a su estado anterior. En consecuencia, declara la ineficacia del traslado.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante a PROTECCION S.A fue de manera libre y voluntaria, no se evidenció ningún control determinante que pudiera viciar su consentimiento, siendo el demandante consiente de las consecuencias jurídicas del traslado, y así se evidencia en el entendido de haber permanecido durante un lapso prolongado a la AFP PROTECCION y haberse abstenido de su retorno hasta entonces, lo que lleva a pensar sobre el compromiso de permanecer en este régimen pensional.

Antes de consolidar su estatus pensional no se encontró intención alguna por parte del demandante de retornar al régimen de prima media, pero ante la ocurrencia de una situación pensional que no le favoreció pretende la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado. Por lo que solicita absolver a COLPENSIONES de costas, toda vez que en el transcurso del proceso actuó sin temeridad y buena fe, ya que no tuvo implicaciones al acto de traslado del demandante.

4.2. Apelación de PROTECCION S.A

Muestra inconformidad con la condena, toda vez que manifiesta que PROTECCION S.A actuó conforme a las normas legales aplicables en el año 1994, esto es, que pasaría de un régimen de prima media a uno de ahorro individual en donde su pensión dependía de lo ahorrado por él y los rendimientos financieros del mercado durante todo el tiempo de su historia laboral, así se le indicó y voluntariamente accedió al traslado.

Así mismo, PROTECCION S.A manifiesta que en el caso concreto ya se le concedió al demandante una garantía mínima de pensión en el año 2020 y es una situación jurídica consolidada, además de una prestación que ya está recibiendo el actor, y esta garantía mínima es de cierre, lo cual indica que el demandante ya no hace parte del sistema y ya está disfrutando de una pensión, por lo tanto, decretar la nulidad de la pensión sería desconocer del estatus de pensión consolidado que tiene el demandante.

Además de eso plantea que la AFP PROTECCION S.A no debería tener algún tipo de sanción como parte del negocio jurídico realizado, toda vez que no se encuentra probado que la entidad demandada haya obrado con mala fe y no se encuentran dentro de un detrimento de la cosa, al contrario, se habla de crecimiento de lo ahorrado esto debido a los rendimientos financieros que se han obtenido de la cuenta de ahorro individual.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumente lo siguiente:

“(...) nuestra inconformidad radica en el hecho que la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, se vea inmerso en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, teniendo en cuenta como punto a reiterar que mi defendida fue ajena a dicha circunstancia, nunca intervino de manera alguna en la decisión adoptada por el demandante de trasladarse en su día del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliación y/o traslado que a nuestro sentir gozó de plena validez, toda vez que no se evidenció ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, el cual se produjo de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo dispuesto en el artículo art. 1495 del Código Civil, el acto de afiliación o traslado se constituye en un contrato, por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Al ser el acto de traslado un acuerdo de voluntades, que solo involucra a las partes que en el intervienen, no es dable que Colpensiones, siendo un tercero ajeno a dicha circunstancia, tal como quedó demostrado en el transcurso del proceso, deba soportar las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado.

Como se ha reiterado, debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado, y con ello, deba asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria, insistimos, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado al fondo y no debe por ende mi representada cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la demandante.

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por el demandante en su día del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad gozó de plena validez, siendo el afiliado totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliados durante tanto tiempo a la AFP PROTECCION y haberse abstenido hasta entonces de solicitar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por Colpensiones, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer en el régimen pensional de su elección, tal es así que hoy en día el demandante goza de un estatus pensional otorgado por la AFP Protección, y llama la atención que antes del reconocimiento de su estatus pensional no haya existido intención por parte del demandante de retornar al Régimen de prima media, administrado por Colpensiones, régimen del cual había emigrado para ingresar al régimen de ahorro individual con solidaridad, voluntariamente y sin imposición alguna, en aras de aspirar a un mejor derecho pensional, de manera, que ante la ocurrencia en los últimos momentos de una situación particular que no le favoreció, el cual advirtió una vez adquirió su estatus de pensionando, pretenda que se declare la nulidad de su afiliación a la AFP PROTECCION,

y como consecuencia de ello se declare su retorno al Régimen de Prima Media administrado Por Colpensiones y sea esta entidad las que asuma las pretensiones económicas del actor”.

VI. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si puede pregonarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que hiciera el actor, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que le fuera concedida en el RAIS *(ii)* De ser así, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados.

5.3. NULIDAD Y/O DE LA AFILIACIÓN DEL REGIMEN PENSIONAL.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del régimen de prima media con prestación definida, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados*

*permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron

documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Al remitirnos a las pruebas documentales arrojadas al proceso, detallamos el formulario de afiliación que hiciera el demandante al fondo de pensiones COLMENA, el cual contiene la leyenda en formato pre-establecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos el actor y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado.

Por tanto, siendo deber legal de las administradoras y fondos de pensiones acreditar fehacientemente que brindaron la información clara, completa y veraz al afiliado de las características, ventajas y desventajas que ofrecen los dos regímenes pensionales -RPM y RAIS, deber que demostró haber cumplió en el sub examine PROTECCIÓN S.A., no puede pregonarse que el traslado que realizó el demandante lo fue bajo consentimiento informado.

No obstante, llama la atención que en el caso estudiado el accionante realizó su traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, y al momento de invocar la nulidad y/o ineficacia del mismo, se encuentra gozando de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima a partir del 22 de enero de 2020, de lo cual ofrece certeza la misiva que le remitió PROTECCIÓN el 4 de mayo de 2020, los documentos que dan cuenta del trámite del bono pensional surtido por el Ministerio de Hacienda, los documentos que dan cuenta de la información que se le brindó acerca de las modalidades de pensión que ofrece el RAIS y la modalidad de Retiro Programado que seleccionó el actor, además de la aseguradora por él escogida -Suramericana- es decir, el demandante alcanzó una prestación propia del sistema pensional que ampara el riesgo de la vejez y por tanto goza de la condición y el status de pensionado.

Lo anterior torna imperioso traer a colación la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicado 844775, con ponencia de la magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO donde la Corporación en un caso similar precisó:

“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absoluta, pero por otras razones.

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación,

que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión.

Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número

de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”.

Acorde con lo anterior, sin desconocer la ausencia de información a la que alude el demandante al momento de realizar su traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, no es posible acceder a decretar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, pues para el momento de invocar la misma ya tenía consolidado el estatus de pensionado el señor MELANIO VELOYES AGUILAR, prestación concedida bajo la garantía de pensión mínima que ameritó la participación de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y finalmente el reconocimiento por este último.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que no fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de revocarse la sentencia apelada.

5.4. COSTAS.

Finalmente, se duele COLPENSIONES y PROTECCION S.A de la condena en costas impuestas en primera instancia, atendiendo a que obraron de buena fe respecto a las circunstancias del proceso, no obstante, atendiendo las resultas del recurso de alzada, las costas en ambas instancias irán a cargo del demandante, ello en virtud del numeral 4° del artículo 365 del CGP, precisando que las costas de primera instancia será a favor de PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, mientras que las causadas en segunda instancia solo serán a favor de COLPENSIONES por haberle salido avante su recurso y dada su intervención en esta superioridad.

Y, 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, amèn de que en Sala Especializada esta Corporaciòn acogió tal criterio, se fijarán las de segunda instancia en la suma de 1 SMMLV a favor de COLPENSIONES, que según el numeral 1º del 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. Las de primera instancia deberán ser fijadas por el juez.

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: REVOCAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia, y en consecuencia **ABSOLVER** a los accionados de la pretensiones invocadas.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo del demandante; las costas de primera instancia serán a favor de PROTECCIÒN Y COLPENSIONES, mientras que las causadas en segunda instancia solo serán a favor de COLPENSIONES. Agencias en derecho en segunda instancia en la suma de 1 SMMLV a favor de COLPENSIONES acorde con el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; Las de primera instancia deberán ser fijadas por el juez.

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 CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2019-00087-01 FOLIO 39-2021

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S., por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 25 de Noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOAQUIN SEGUNDO RIVERA CAUSIL contra SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende el actor se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido con la demandada SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S., desde el 02 de junio del año 2012 hasta 11 de enero de 2019; que la terminación del vínculo laboral obedeció a despido sin justa causa, que el salario devengado fue de \$1.371.032; consecuentemente se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa conforme lo establecido en el art. 64 CST, pago de horas extra diurno, además de las costas del proceso y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Indica que existió una relación laboral con la empresa demandada a término indefinido a partir del 02 de junio de 2012

- Que fue contratado para el desempeño del cargo de Mensajero con Moto a favor de la empresa ENVIA, en el horario comprendido de 7am a 7pm de lunes a viernes y los sábados desde las 7:00 am hasta las 04:00pm, labor realizada de manera personal, atendiendo las directrices del empleador sin que llegaré a presentar queja alguna o llamado de atención.

- Que durante el tiempo laborado fue afiliado al sistema de seguridad social en pensión y riesgos profesionales.

- Que el salario devengado inicialmente fue de \$570.000 más el auxilio de rodamiento la suma de \$285.000, para un total de \$855.00, siendo su último salario la suma de \$1.371.032, donde está incluido el valor correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente del año 2019 más auxilio de rodamiento, incentivo por productividad, subsidio de transporte.

- Que el día 06 de noviembre de 2018 entregó un paquete (bolsa de seguridad) en la empresa DIRECTV según guía N° 034009611812, paquete recibido a satisfacción por la señora Olga González.

- Que la empresa DIRECTV presentó una queja ante la empresa demandada por un faltante de un talonario de un millón de pesos en bonos, en atención a ello, la empresa demandada el 03 de diciembre de 2018 lo citó en la ciudad de Cartagena donde le realizaron una prueba de poligrafía.

- Que le realizaron dos diligencias de descargos, la primera el día 13 de diciembre de 2018 y la segunda por concepto de ampliación de descargo el día 02 de enero de 2019 donde fue escuchado.

- Que el 11 de enero de 2019 la empresa accionada dio por terminado el contrato laboral sin justa causa.

- Que conforme a los estatutos y reglamentos de ENVIA establece dentro de sus prohibiciones, en los servicios de mensajería no se deben despachar notificaciones judiciales, licitaciones, bonos, documentos jurídicos o cualquier otro título valor, en caso tal lo requiera un remitente será de su propia responsabilidad.

- Que en atención al despido, el día 12 de enero de 2019 la empresa demandada liquidó sus acreencias laborales, adeudándole las horas extras diurnas correspondientes al tiempo laborado.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, la contesta proponiendo como excepciones de mérito Pagos de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, falta de título y de causa en el demandante, y compensación, fundamentado en que durante la ejecución del contrato laboral canceló todas sus obligaciones prestacionales en forma oportuna sobre el salario realmente devengado, siendo justo el hecho del despido objeto del presente litigio.

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

El Juzgado en primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones, declarando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y la empresa demandada en los extremos temporales comprendidos desde el 02 de junio de 2012 hasta el 11 de enero de 2019, cuya finalización obedeció de manera unilateral por parte del empleador sin que existiera una justa causa legal; consecuentemente condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta el salario realmente devengado y absolvió de las demás pretensiones.

Consideró para tal efecto, que la causal de terminación del contrato laboral se encuentra fundamentada en el no cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del accionante, referente a los procedimientos de control que se deben establecer una vez se proceda a la entrega de una bolsa de seguridad; destacó que en las actas de descargos se plasmaron los hechos registrados en la carta de despido, y se dice adjuntaron fotografías que demostraron que al momento de recibir el paquete, éste no presentaba deterioro encontrándose en perfectas condiciones. Que dentro del expediente no reposa prueba alguna de la reclamación realizada por el destinatario donde se detalle la forma en que recibió el paquete, y los testimonios recepcionados en ejercicio de su labor debieron

conocer hechos detallados que no fueron aclarados en el proceso, razones por las cuales sostuvo el juzgador que el despido fue sin justa causa.

Consecuencialmente previo a determinar el monto de la indemnización por despido sin justa causa, aclaró con respecto al salario a tener en cuenta para ello, que sí bien en la cláusula contractual referente a la remuneración, las partes acordaron que los conceptos por auxilio de rodamiento entre otros, están dirigidos para cubrir gastos de gasolina y de mantenimiento de la motocicleta para el desempeño de sus funciones, al respecto consideró que el cargo para el cual fue contratado el demandante exigía que éste tuviera moto para realizar su labor, por tanto dichos conceptos constituyen salario para todos los efectos legales, el cual arrojó la suma equivalente a \$1.116.000. Finalmente negó el pago de horas extras al carecer medio de prueba que acredite su reconocimiento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Manifestó su inconformidad la parte demandada en cuanto al despido, el cual consideró lo fue con justa causa, puesto a que el actor no se le está imputando el hecho de haber sustraído del sobre de mensajería que debía entregar al cliente DIRECTV la suma de \$1.000.000.00 de pesos en bonos, por el contrario, se le está imputando el haber violado sus obligaciones laborales por no cumplir las órdenes y procedimientos, para lo cual fue debidamente instruido por la parte accionada, obligación que consistía en revisar la unidad antes de entregarla tal como lo manifiesta la carta de despido; dicho actuar negligente ocasionó además un perjuicio económico. Insistió que tanto en las actas de descargos como la carta de despido acreditan que el actor fue instruido sobre los procedimientos de entrega de un sobre de seguridad, que es la de revisar la correspondencia antes de entregar. Referente a los incentivos de producción que acordaron las partes, fundamentó que no tienen carácter salarial, puesto que la base para liquidar las prestaciones sociales del actor fue de \$831.000 tal como milita en la liquidación de prestaciones sociales, lo cual es equivocada la cuantificación realizada por el juzgador por concepto de indemnización despido sin justa causa.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada sustenta su alegato de conclusión reiterando que al demandante no se le imputó el haber sustraído el sobre de mensajería que debió entregar al cliente DIRECTV que contenía la suma de \$1.000.000.00 pesos en bonos, por el contrario, se le atribuyó el haber violado sus obligaciones laborales al no cumplir con las órdenes impartidas por la parte

accionada para el cumplimiento de sus labores, razón por la cual incurrió en el numeral 1° del artículo 58 del CST, tal como lo señaló la accionada en la carta de despido, conducta negligente que causó un perjuicio económico y que además, no tiene excusa por cuanto recibió las instrucciones y capacitaciones debidas en el procedimiento para la entrega de los sobres de seguridad, hecho reconocido por el actor en las actas de descargos, motivo por el cual se considera una justa causa legal al faltar a su deber de revisar la correspondencia especial, cuya entrega le fue encomendada por la demandada.

En lo concerniente a los incentivos pactados entre las partes no tienen la connotación salarial por lo que es errada la cuantificación de la indemnización por despido sin justa causa que efectuó el a quo.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde determinar: (i) Sí el despido de forma unilateral de que fue objeto el actor por parte del empleador fue, o no, con justa causa legal (ii) de salir avante lo anterior determinar el monto por concepto de indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta el salario realmente devengado.

6.3. Sea lo primero indicar, en cuanto a la carga probatoria en asuntos relacionados con terminación del contrato de trabajo con ocasión al despido, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 417 del 27 de enero 2021, radicación N°71672 , M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez, manifestó:

“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)."

Desde ya se advierte que no hay duda en cuanto al despido de que fue objeto el demandante, dado que folios 35 y 36 reposa carta de notificación de terminación del contrato de trabajo con justa causa de fecha 11 de enero de 2019 por parte de SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA SAS, donde le informaron que debido a *"las irregularidades que no tienen explicación ni justificación alguna y que constituyen una violación grave a sus obligaciones y prohibiciones contractuales y reglamentarias, toda vez que, tal y como lo acepta en los descargos practicados, pese a estar a su cargo para reparto la unidad amparada con la Guía N° 034009611812 incumplió las ordenes e instrucciones y los procedimientos de control previamente establecidos por la empresa para el manejo de las unidades y especialmente para el manejo de bonos considerados como mercancía costosa y de alto riesgo para lo cual se encuentra debidamente capacitado, al no revisar la unidad antes de entregarla y efectuar la entrega con un estiker que ocultaba una abertura en la parte inferior de la bolsa de seguridad; propiciando con su actuar negligente y descuidado que fuera saqueada la unidad, perdiéndose una unidad interna correspondiente a un talonario de bonos por valor de \$1.000.000.00 y ante la falta de control de su parte no pudimos establecer como este talonario de bonos se extravió y ahora debemos proceder a indemnizar al cliente de la empresa aliada estratégica por la suma que está reclamando"*, conducta que consideró la accionada constituye violación de las obligaciones y prohibiciones contractuales y reglamentarias conforme a la cláusula 1ª, 7ª en sus numerales 1,2,3,7,9 y párrafo; y la cláusula 8ª numerales 1 y párrafo del contrato de trabajo. Así mismo de los artículos 43 numerales 1 y 113, artículo 49 numeral 6 y 7 del reglamento interno de trabajo.

La cláusula primera del contrato alude a *"El empleador contrata los servicios del trabajador para que desempeñe en forma personal y exclusiva las funciones inherentes al cargo en el encabezado descrito, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado oficio de conformidad con los reglamentos, normas, procedimientos, órdenes e instrucciones que le sean dados e impartidos por el empleador o sus representantes, observando en su cumplimiento la diligencia y el cuidado necesarios, así como toda su capacidad normal del trabajo"*

Por su parte, la cláusula 7ª del contrato, en su numeral 1º indica: *“Observar y cumplir rigurosamente los preceptos contenidos en el reglamento interno de trabajo, el reglamento de higiene y seguridad industrial, los procedimientos, los manuales y demás normas fijadas por el empleador.*

En su numeral 2 precisa: *“Colocar al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio contratado, y en las labores anexas y complementarias del mismo.*

Numeral 3º: *Ejecutar por sí mismo las funciones asignadas y cumplir estrictamente las instrucciones que le sean dadas por el empleador o por sus representantes, respecto al desarrollo de sus actividades.*

Numeral 7º: *Cuidar permanentemente de los intereses y bienes del empleador o de la sociedad COLVANES SAS con la cual se ha suscrito el respectivo contrato de colaboración empresarial.*

Numeral 9º: *Comunicar por escrito oportunamente al empleador las informaciones y observaciones que obtenga en razón de sus labores y que sean de interés para el empleador, e informar por escrito a un superior cualquier anomalía que encuentre en el desempeño de su trabajo, con el fin de evitarle daños y perjuicios al empleador o a la sociedad Colvanes SAS, con la cual se ha suscrito el respectivo contrato de colaboración empresarial.*

Por su parte el párrafo de la cláusula 7ª en mención, prevé que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en ella, aún por primera vez, constituye falta grave para los efectos previstos en el artículo 62, literal “a” numeral 6 del CS del T, referente a la terminación unilateral del contrato por justa causa por parte del empleador.

La cláusula 8ª del contrato de trabajo que contiene las obligaciones del trabajador, en su numeral 1º dispone: *“Efectuar las entregas de los envíos o facturar a sus destinatarios el día, fecha y lugar correspondiente, a la persona responsable de recibir”*; y en su párrafo indica precisa la misma estipulación del previsto en el párrafo de la cláusula 7ª arriba transcrito.

En cuanto al artículo 43 del reglamento interno de trabajo dispone como obligaciones del trabajador en su numeral 1º: *“Realizar personalmente la labor en los términos*

estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido (art 58 CST); y en su numeral 13 prevé: “Cuidar permanentemente de los intereses y bienes del empleador”

Finalmente el artículo 49 del reglamento interno estipula las conductas que son faltas graves, y en su numeral 6º, que se encuentra realmente numerado con la letra “F” precisa *“La violación por parte del trabajador de cualquiera de las obligaciones legales consagradas en el Art 58 del código Sustantivo del Trabajo, así como la violación de las obligaciones contractuales o reglamentarias. Y en su numeral 7, que realmente esta reseñado como “g” indica: “La inobservancia de las prohibiciones impuestas al trabajador y en especial las consagradas en el artículo 60 del Código Sustantivo del trabajo, las contractuales o reglamentarias.”*

Al describir las circunstancias fácticas que llevaron a la accionada a terminar el contrato, a su sentir, con justa causa, relata que *“el 6 de noviembre de 2018 en la moto de placas estando cubriendo la ruta del río, se realizó la entrega de la unidad amparada con la guía 034009611812 y al realizar el destinatario el inventario de las unidades internas se presentó el faltante de un talonario de bonos por un valor de 1.000.000 millón de pesos, al efectuar el seguimiento por parte del área de seguridad de la empresa aliada estratégica a la unidad, se evidenció que esta fue entregada con un sticker en la parte inferior, el cual no se encontraba al momento de ser entregada a usted -entiéndase al demandante- para que realizara el proceso de reparto. Adicional a ello, se evidenció que el sticker fue puesto con el fin de cubrir un hueco que le habían realizado a la bolsa de seguridad.*

Pues bien, el actor relata en su libelo demandador que el día 06 de noviembre de 2018 entregó un paquete denominado bolsa de seguridad en la empresa DIRECTV, el cual fue recibido a satisfacción por la señora Olga González según guía n° 034009611812, y que en atención a la queja presentada por el destinatario en comento debido a un faltante de \$1.000.000.00 de pesos en bonos en el sobre que le fue entregado, fue llamado a descargos por la empresa demandada SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S., lo que motivó a ésta dar por terminado el contrato laboral alegando una justa causa legal, debido al incumplimiento de sus obligaciones laborales.

En ese orden, es menester remitirnos a las pruebas aportadas en el proceso, entre ellas se encuentra a folios 27 al 29 acta de descargos realizada al demandante el día 14 de

diciembre de 2018 por parte de la demandada a través del área de gestión humana, previa notificación visible a folio 26, y con la cual, le indicó daba inicio al proceso disciplinario; en dicha diligencia el actor reconoce sus deberes, obligaciones y prohibiciones tanto reglamentarias como contractuales; así mismo aceptó que recibió inducción, instrucción y entrenamiento de sus labores a desarrollar; que su funciones son las de recibir correspondencias zonificarla, entregarlas a los respectivos destinatarios, recogida de clientes créditos y cierre de planilla; que conoce el procedimiento de entrega de mensajería consistente en llegar donde el cliente, saludar y entregar el paquete, bolsa de seguridad o sobre, cumplir la respectiva guía y al finalizar la tarde cerrar la planilla; que el día 06 de noviembre de 2018 tenía asignada la ruta del río, que estando en dicha ruta llevaba para reparto una unidad cuyo remitente es el cliente DIRECTV cuyo destinatario es Fabiola Valencia con la guía n° 034009611812, la cual presentaba una novedad normal; que se enteró del faltante de los bonos sodexo por valor de \$1.000.000.00 del cliente DIRECTV ese mismo día en horas de la tarde por el señor DEIMER, de Mensajería Sincelejo, al preguntarle acerca de una entrega de envío a DIRECTV. Al indagársele sobre lo sucedido en la diligencia en comentario el actor respondió que la bolsa de seguridad que entregó a DIRECTV la vio normal.

En la citada diligencia se le preguntó por la accionada al actor: *“En correo enviado por área de seguridad Medellín muestra el estado en que llega y despacha la bolsa de seguridad, como se pone de presente, donde se nota que no tiene el estiker, así como al momento que se recibe en Montería...? A lo que contestó: Al momento de la entrega yo lo vi normal, si al momento de recibir la señora ve el estiker debería estar pilas y en ningún momento me dijo nada.*

A folio 32 al 34 milita ampliación acta de descargos del 02 de enero de 2019, previa notificación visible a folio 31, donde el área de gestión humana de la empresa accionada preguntó: *Informe si usted ha recibido órdenes e instrucciones sobre tema de seguridad, en caso afirmativo describa brevemente los temas que han tratado y las fechas en las que le han dado la capacitación?. A lo que contestó: Lo normal, si un paquete llega roto hay que informar y si es delicado se debe llevar con cuidado, cuando llegan sin guía se solicita la guía, cuando la guía no concuerda con el paquete o el sobre, hay que reportarlo.*

Más adelante le preguntan: *Explique lo sucedido en el proceso de reparto con la unidad amparada con la guía n° 034009611812?. A lo que contestó: La verdad es que uno recibe el correo en la oficina y la zonifican de acuerdo a la ruta, ese tiempo es de 10 a 15 minutos y salgo a entregar, de acuerdo a la ruta ese paquete lo entregué de séptima u octava*

entrega, al momento de entregar el paquete la señora que firma no ve y yo tampoco veo ninguna cosa extraña en la bolsa de seguridad, normalmente me firma y luego digito la entrega normal, sigo con mi ruta y en horas de la tarde tipo 04:00 pm el señor Daimer o Deimer de mensajería de Sincelejo me llama y me pregunta acerca de la entrega y yo le informe que lo entregué en horas de la mañana, me preguntan que si en qué iba el envío yo le digo que en bolsa de seguridad y es cuando me informa, que el cliente había formulado una queja, donde en la bolsa de seguridad había un faltante de \$1.000.000.00 de pesos en bonos, ahí es cuando me entero que en esa bolsa habían bonos, yo no tenía conocimiento que ahí habían bonos, como a los 2 o 3 días me llama una señora de Sincelejo que no recuerdo el nombre y me hace unas preguntas acerca de dicho paquete, yo le respondo que el paquete lo vi normal...

Al examinar las pruebas testimoniales recepcionadas, encontramos el relato de CORINA ORTIZ en calidad de Asistente de Gestión Humana, quien realizó diligencia de descargos al actor y reiteró el contenido de las mismas; sumado a ello indicó que el señor Edgar Suaza es el auxiliar operativo encargado de recibir los paquetes que vienen de Sincelejo, que se revisó bajo cámara el paquete recibido y entregado al actor, que el Jefe de Seguridad Señor Virgilio fue la persona que mostro el video, donde se observa que la persona encargada de recibir paquetes de Sincelejo recibió la bolsa en perfecto estado; que la queja presentada por DIRECTV fue el 06 de noviembre de 2018, sin embargo desconoce el intervalo de tiempo entre la hora de entrega de la bolsa de seguridad y la queja presentada; que la obligación del actor era la de hacer la entrega efectiva a la persona indicada a satisfacción del cliente; que no había un tipo de nota por parte del destinatario en la guía, sin embargo desconoce de dónde vino el paquete que le fue entregado al actor; que no recuerda la empresa que realizó el reclamo; desconoce además los nombres de las personas encargadas de hacer la revisión previa antes de entregar el paquete a los mensajeros.

Con respecto a la testigo NILSA LEAL en calidad de Líder de Gestión Humana, manifestó que hubo un mal procedimiento en cuanto a la verificación de las bolsas seguridad del cliente DIRECTV al momento en que fue recibido, puesto que el sobre presentó un esticker que fue adulterado ocasionando un daño a la bolsa para extraer las unidades que traía; que la labor que realizaba el actor era el encargado de reparto de mercancías específicamente de sobres, el cual debía verificar el estado en que lo reciben; que se enteró de lo sucedido por el informe de novedades que pasó la empresa aliada ENVIA; que la bolsa de seguridad que contenía los bonos era de origen de Medellín; que solo sabe que un operador de recolección recibió dicho paquete pero desconoce su nombre; que el área de seguridad previa validación informó acerca del estado que se encontraba la

bolsa de seguridad, que desconoce la persona que realizó la entrega material del paquete, y que no obra notación alguna por parte del destinatario en el momento en que recibió el paquete.

Conforme al análisis de las pruebas documentales y testimoniales no queda duda de que el actor, en el desarrollo de sus funciones, si recibió una bolsa de seguridad cuyo destinatario era DIRECTV, la que, en efecto, hizo entrega cumpliendo el tiempo y la ruta impuesta por su empleador.

Tampoco hay discusión en cuanto a que, la referida bolsa de seguridad fue recibida a satisfacción por el cliente, o la persona designada por el cliente para ello, y según dicho del demandante la entrega se efectuò en las horas de la mañana, sin que se realizara observación alguna por el destinatario y solo a las 4PM tiene conocimiento de la queja del cliente por anomalías que al parecer presentaba la bolsa de seguridad y el faltante de los bonos por la suma de \$1.000.000,00.

Ahora bien, la accionada alude a que el trabajador no informó ni cumplió el procedimiento impuesto, en el sentido de verificar el estado de la bolsa de seguridad e informar cualquier anomalía; no obstante, el demandante es claro al informar que no observó ninguna anomalía en la mentada bolsa y por ello no realizó informe alguno, al punto de que el cliente recibe la bolsa de seguridad a satisfacción, sin realizar observación alguna, es decir, no reporta anomalía en la mercancía ni en la referida bolsa de seguridad.

Indica la accionada que de las investigaciones efectuadas por la empresa se extraen videos que dan cuenta de que la bolsa venía procedente de la ciudad de Medellín y fue despachada en perfecto estado y recibida en la ciudad de Montería de igual forma, además de que no contenía el sticker aludido, pretendiendo insinuar que fue colocado cuando ya se encontraba en custodia del trabajador; sin embargo, dentro del plenario no reposan tales pruebas -videos y fotos- que permitan respaldar las afirmaciones de la parte accionada; aún más, indica la empresa que dentro de la investigación realizada se extrajo que a la bolsa de seguridad le fue colocado un sticker para tapar un hueco, pero de ello tampoco reposa prueba alguna en el plenario.

Y es que para el caso se tornaría imperioso establecer las circunstancias transcurridas desde el instante en que el actor recibe la mercancía, hizo la entrega de la misma, y aquél en que se insturò la queja, al igual que la persona que ejerció la custodia de la bolsa de seguridad una vez entregada al cliente, pero de ello no hay ninguna prueba, lo único que se tiene

certeza es que el cliente recibió a satisfacción la bolsa y no realizó observación alguna, quedando la duda de realmente en que instante se colocó el sticker que según la accionada, tapaba un hueco que contenía la bolsa en cuestión.

Acorde con lo expuesto, ha de concluirse que realmente la parte accionada no acredita que el demandante haya incurrido en las circunstancias fácticas que conllevaron a dar por terminado el vínculo laboral, y menos, que se configure una justa causa para ello, pues si bien en las cláusulas contractuales se consigna que es responsabilidad del trabajador el buen estado y seguridad de los documentos y las mercancías transportadas, no fue demostrado que el deterioro o anomalía que presentaba la bolsa de seguridad se hubiera originado estando en custodia del actor, ello si atendemos a que, en la primera acta de descargos realizada al actor la accionada relaciona documentos como: informe del superior inmediato, informe del área de seguridad de la empresa aliada, queja por el cliente el día 06 de noviembre de 2018, fotos internas del 02 de noviembre de 2018 y fotos suministrados por el cliente, además de que una de las testigos alude a un video presentado por el área de seguridad de la empresa aliada, tal acervo probatorio no reposa en el plenario, y, reiteramos, la bolsa de seguridad fue recibida a satisfacción por el cliente; por tanto no quedan probadas las causales de terminación del contrato, esto es, la violación grave de las obligaciones por parte del trabajador conforme a lo establecido en disposiciones contractuales y legales, y ha de concluirse que la relación laboral finiquitó sin justa causa.

Sobre el tema es oportuno traer a colación lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-4691 del 10 de octubre de 2018, radicación n° 42919, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga:

“En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.

En punto del debate, debe rememorarse lo sostenido por esta Sala en la sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en la CSJ SL3288-2018, en donde puntualizó:

Primeramente cabe recordar, que dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que

motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.

Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa”

Resuelto el primer problema jurídico planteado, esta instancia procederá a determinar el salario a tener en cuenta para liquidar el monto por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por tanto resulta pertinente recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-4866 del 04 de noviembre de 2020, radicación n° 69486, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en donde sostuvo:

“Pero tampoco hay que olvidar, que la Sala ha sostenido, que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta; de manera que contrario a lo que sostuvo el fallador colegiado, es el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

En sentencia CSJ SL8216-2016, la Corte señaló:

«Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante.»”

De conformidad con lo anterior, el actor alega en su libelo demandador que su último salario fue la suma de \$1.371.032, donde está incluido el valor correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente del año 2019 más auxilio de rodamiento, incentivo por productividad, subsidio de transporte, al respecto atendiendo la labor desempeñada por el actor como mensajero de moto, los concepto percibidos por gastos de rodamiento, están destinados a las necesidades vitales del trabajador en sus desplazamientos, lo que en principio podemos considerar que según la ley, son salarios.

Pues bien, en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de trabajo (fols 14 al 23) suscrito entre la parte demandante y demandada se consignò que

“Cuando el trabajador sea contratado debiendo poseer una motocicleta para hacer su labor, las partes de común acuerdo, establecen que el empleador otorgará un auxilio de rodamiento al trabajador dependiendo de la zona o ciudad donde presta el servicio con la motocicleta, por la suma fija mensual en el encabezado indicado, con destino a sufragar los gastos que se originen por la utilización de la motocicleta, entre otros como: combustible, llantas, kit de arrastre, frenos, sincronización, etc., que se generen con ocasión de la prestación del servicio, por consiguiente este valor se concede no para el beneficio o enriquecimiento del patrimonio del trabajador sino para que desempeñe a cabalidad sus funciones; se aclara que este valor se otorga por mera liberalidad del empleador mientras el trabajador desempeñe el cargo en el encabezado indicado, las funciones exijan desplazarse y quedando sujeto por su naturaleza a suspenderse, no constituyendo salario y por consiguiente no es factor prestacional ni de vacaciones para ningún efecto, de igual forma se entiende por las partes que de modificarse ese valor, conservará su carácter no salarial, en concordancia con el artículo 128 del CST, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990”, sobre este punto en particular se extrae que, pese a que las partes acordaron que dicho concepto no constituiría salario, se deja consignado que se cancela para que el trabajador realice la labor y a fin de sufragar los gastos que se ocasionen con la prestación del servicio, lo que lleva a darle la connotación de naturaleza salarial, aún más si tomamos en consideración que se pactó una suma fija por ese concepto de \$285.000 pagaderos mensualmente, como se extrae del cuerpo del contrato de trabajo.

Oportuno es citar la SL-986 del 24 de febrero de 2021, radicación n° 70473 , M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, donde se precisó:

“Tal aserción condujo al Tribunal al siguiente error jurídico, consistente en que las partes son enteramente libres y autónomas para desregularizar o excluir como factor salarial cualquier suma que sea entregada, ya que como se explicó, el límite de ese tipo de acuerdos radica en la esencia del pago, pues si aquél tiene como propósito retribuir el servicio, las partes no pueden restarle incidencia salarial, simplemente, en virtud del aspecto negocial que les asiste a las partes, y como se explicó en la sentencia SL5159-2018, traída a mención en la SL5146-2020, los contratantes se pueden anticipar a precisar que un pago que por naturaleza no es retributivo del servicio, en definitiva no es salario por así disponerlo ellos mismos, y con ello, precaver una posterior discusión sobre tales conceptos, como podrían ser los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad.

En la sentencia SL4866-2020, a propósito de la insistencia de la empresa demandada en sostener que los “gastos de viaje” hicieron parte del pacto de exclusión salarial, sobre el punto se indicó:

Por otro lado, la demandada alegó en la apelación, que en las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo, se había hecho alusión a los “gastos de viaje”, los cuales no constituían salario por pacto expreso entre las partes conforme a la referida norma, erogaciones que encajaban en los auxilios habituales u ocasionales pactados contractualmente para desempeñar las funciones, tales como alimentación, habitación o vestuario.

Es necesario subrayar ante tal justificación, que el artículo 128 del CST, permite que ciertos pagos no sean considerados salario, precisamente porque no tienen como propósito retribuir el servicio sino contribuir en algunas facetas para el mejor desempeño del trabajador o para garantizarle ciertos recursos en pro de una mejor calidad de vida, sin que tenga que valerse del salario propiamente dicho para invertir en esas garantías.

[...]

En la parte final de la norma, se encuentran los pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional y que acuerdan las partes del contrato que no son salario, que comúnmente se conocen como pactos de desregularización salarial o pactos de exclusión salarial, que hallan respaldo legal y constitucional por cuenta de la naturaleza bilateral o conmutativa del contrato de trabajo, en donde los contratantes pueden acordar que ciertos pagos que se entregan como un componente adicional al salario, pero que tienen como propósito servir en el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador o ayudar en un mejoramiento del servicio para desarrollar cabalmente el objeto contractual, en esencia, no hagan parte del cómputo para establecer lo que se adeuda por prestaciones sociales.

Claro, las partes pueden negociar, pero también ha sostenido la Sala, que el acuerdo que allí surja no puede llegar al punto de restarle connotación salarial a lo que por naturaleza lo es, lesionando de esa forma derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, como lo es, el de que éste no puede renunciar al reconocimiento y pago del salario. Si las partes desconocen esa característica, el acuerdo que despoja de naturaleza salarial al pago será ineficaz.

En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.»

En el asunto, como quedó demostrado que el pago efectuado al trabajador en la primera quincena de cada mes en su cuenta de ahorros es salario, pues el empleador no acreditó

finalidad distinta a la de remunerar directamente el servicio prestado, no podía quedar cobijado con los efectos del pacto de exclusión salarial de las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo vistas a folios 96, 99, 103, 107 y 111, por lo que no incurrió en ningún error el juzgador de primer grado, al concluir que, como «el reconocimiento de este beneficio se realizó de forma frecuente, permaneciendo sobre dicha voluntad por ser de orden público que tiene las normas laborales, en particular el artículo 13 del CST, (...) estos pactos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos pagos que son una remuneración directa de la prestación personal del servicio, cuando tiene verdaderamente el carácter de salario»

Vista así las cosas, conforme a las jurisprudencias citadas dentro del proceso el concepto de auxilio de rodamiento está destinado para el desempeño de las funciones como mensajero con moto por parte del actor, cargo que requería de dicho elemento, acreencia que se encuentra pactada en el contrato laboral donde se avizora en el encabezado del mismo que el valor mensual del auxilio por rodamiento de moto es solo para mensajeros con motos la suma de \$285.000.00, por lo tanto se entiende que su pago fue de forma periódica y permanente, en contraprestación directa del servicio,

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.

6.4. Costas.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia por cuanto no hubo réplica de la parte actora.

V. 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 atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
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 05 002 2020-00021-01- FOLIO 083-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 17 febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NAYIBE SIERRA MEJÍA, y la consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora NAYIBE SIERRA MEJIA, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR, efectuada el primero (01) de mayo del 1999. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración efectuados al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada así como los aportes que realizó en el RAIS, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que

- La señora NAYIBE SIERRA MEJÍA actualmente trabaja en la institución educativa Sagrado Corazón de Jesús de Buenavista -Córdoba-, devengando en la actualidad un salario de dos millones setecientos sesenta y cinco mil trescientos noventa pesos (\$2.765.390).

- Precisa que desde que empezó a laborar se afiliò y cotizò al régimen de prima media con prestación definida administrada en ese entonces por el ISS, hoy COLPENSIONES.

- El ISS, hoy COLPENSIONES, autorizò el traslado de la señora NAYIBE SIERRA MEJÍA al RAIS, específicamente a PORVENIR.

- Arguye que al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, indujeron en error a la actora, por cuanto no le suministraron información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.

- PORVENIR omitió el deber de buen consejo a la accionante, y no brindò una información clara, precisa y completa de las consecuencias negativas del cambio de régimen, por lo que desmejorò su derecho pensional.

- La demandante solicitò ante COLPENSIONES el traslado de régimen y reconocimiento de su pensión el 25 de noviembre de 2019, la cual fue negada; la actora actualmente cumple con los requisitos para pensionarse al tener 59 años de edad y más de 23 años de servicio.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de PRESCRIPCIÓN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. De resultar favorable las pretensiones de la demandante, OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN DE APORTES CON TODOS LOS RENDIMIENTOS, ELEMENTOS Y FACTORES QUE HUBIERE ADMINISTRADO EL FONDO DE PENSIONES PRIVADO.

2.3. PORVENIR propuso las excepciones de PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN.

2.4. 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 accedió a las pretensiones de la parte demandante NAYIBE SIERRA MEJÍA, por considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de brindar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de la afiliación al régimen individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la nulidad de la afiliación. De igual forma ordenó a la AFP PORVENIR, trasladar todos los aportes para pensión efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros y cuotas de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada junto con los recursos que la AFP PORVENIR S.A, gire a su favor por la declaratoria de nulidad.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES:

Arguye que, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, tal como se evidencia que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, ya que esta se constituye en un acto libre y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo en que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Así mismo argumentò que a la demandante le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, por lo que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen. Por lo que solicita absolver a COLPENSIONES de costas, toda vez que en el transcurso del proceso actuó sin temeridad y buena fe, ya que no tuvo implicaciones al acto de traslado de la demandante.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Muestra inconformidad con la condena, toda vez que manifiesta que PORVENIR S.A, actuó conforme a los requisitos establecidos para la afiliación en el año 1998 y 1999, en el cual le brindaron información a la demandante para que accediera a su beneficio pensional, tal como se encuentra probado en el proceso. Argumenta que se debe tener en cuenta que el hecho de ordenar la devolución de cuota de administración hace incurrir a COLPENSIONES en un enriquecimiento ilícito por estar encaminado a aumentar su patrimonio en forma injustificada.

Así mismo plantea que, si bien es cierto que el derecho a la pensión es imprescriptible, la cuota de administración no hace parte del derecho pensional, como tampoco hace parte del capital que en un momento dado será el que financie la pensión de la parte demandante, por lo que sostiene se debe estudiar la prescripción de la cuota de administración.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por auto del doce (12) de marzo dos mil veintiuno (2021), se conceden los respectivos términos a las partes para presentar los alegatos de conclusión, quienes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: (i) si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. (ii) De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. (iii) Determinar si opera la prescripción en el caso estudiado.

5.3. NULIDAD DE LA AFILIACIÓN DEL REGIMEN PENSIONAL.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del régimen de prima media con prestación definida, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del régimen de ahorro individual.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de

desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, además de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAI o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada

uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó de vieja data en la SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

***“A juicio de esta Sala no podría argüirse 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.*”**

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral generada por PORVENIR S.A, el 14 de enero del 2020, da a conocer que la señora NAYIBE SIERRA MEJÍA cotizo 447 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS) y 712 al RAIS administrado por PORVENIR S.A; igualmente se infiere que las semanas cotizadas en el RAIS lo fueron a partir del primero (01) de mayo de 1999. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte de la accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA, demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP accionada no aporta ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental a la accionante sobre las consecuencias negativas

del citado traslado, no acredita haberle informado acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de nulidad del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

“De acuerdo al literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria, empero esta libertad es cualificada, pues trátase de una libertad informada la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y consciencia. En ese orden de ideas les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que conforme al artículo 1604 del código civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de

¹ Reiterada por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2019 dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00325.01 FOLIO 302-2019. M.P. y en sentencia del 05 de abril de 2019 dentro de proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00192.01 FOLIO 097-2019, por la Sala Segunda del Tribunal, que preside el mismo magistrado.

aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PORVENIR llevan a la Sala a declarar la nulidad del traslado de régimen que hiciera la demandante el primero (01) de marzo del 1999, cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la nulidad del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Por otra parte, respecto a la prescripción planteada por los accionados, es pertinente citar lo expuesto en la citada sentencia SL-1689 del 08, donde la M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

“En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.

Amèn de lo anterior, mal podría pregonarse la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR, pues si atendemos a los efectos de la nulidad declarada, cual es que nunca se dio el traslado de régimen de la actora y, por el contrario, esta siempre permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida, habría de concluirse que tampoco se genera el derecho de la AFP de realizar el cobro de las cuotas de administración, las cuales surgen precisamente del vínculo que pudiera existir entre esta y el afiliado; sobre este aspecto es oportuno citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL2877-2020 precisò:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP”.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 366 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

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.

5.4. COSTAS.

No se impondrán costas en esta instancia por cuanto no hubo replica por los sujetos procesales.

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 y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado