



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 372-2021

Radicado n°. 23-417-31-03-001-2016-00029-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia de 8 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Lorica, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MIRLYS ESTER MANJARREZ SEÑA contra la ESE CAMU DE MOÑITOS.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Persigue la accionante se declare que entre ella y la demandada existió relación laboral, desde el 1 de abril de 2.011 hasta el 31 de marzo de 2.012, pues, aduce, que por

virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas ostentó la calidad de trabajadora oficial. En consecuencia, solicita condena a la accionada al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales indicados en su libelo genitor.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada la contestó oponiéndose y formulando las excepciones de mérito que denominó: *prescripción, ausencia de causa para pedir y buena fe*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma concentrada, y, en la última, no se practicó prueba alguna.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

Niega las pretensiones de la demanda, al estimar la ausencia absoluta de prueba de los fundamentos fácticos de las mismas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala los encuentra presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que ha de desatarse el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** Si entre las partes existió una relación de índole laboral, desde el 1 de abril de 2.011 hasta el 31 de marzo de 2.012; de ser así, se abordará **(ii)** la excepción de prescripción; y, en caso que ésta excepción no prospere o prospere solo parcialmente, se determinará **(iii)** la procedencia y cuantía de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamadas con la demanda.

3. Existencia de la relación laboral entre las partes

3.1. En el caso, la parte demandada no discute que la demandante prestó sus servicios personales en los extremos temporales indicados en la demanda, sólo que afirma no constituir ello un vínculo de contrato de trabajo, sino de prestación de servicios.

3.2. Pues bien, la presunción de contrato de trabajo que podría derivarse de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° y 20 del Decreto 2127 del mismo año, quedó aquí

derruida, porque la demandante no concurrió a la conciliación prevista en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, ni tampoco a absolver el interrogatorio de parte en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, el cual fue solicitado la parte demandada, y, en efecto, el A quo dispuso dar por cierto los hechos de la contestación de la demanda y excepciones susceptibles de confesión.

3.3. Así que, no observa la Sala razón alguna para infirmar la sentencia consultada, habida cuenta de que las únicas pruebas aportadas por la parte actora, fueron contratos de prestación de servicios que no evidencian la relación laboral invocada, y si bien la efectiva prestación de los servicios que da cuenta dichos contratos sí fue aceptada por la parte demandada, lo que sí activaría la presunción de contrato de trabajo, también es cierto que, como quedó arriba señalado, dicha presunción fue derruida mediante confesión ficta no desvirtuada.

En fin, se impone la confirmación de la sentencia inicial, por virtud del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (Vid. Sentencia SL3865-2020).

4. Costas

No hay lugar a condenar en costas, porque lo desatado fue el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

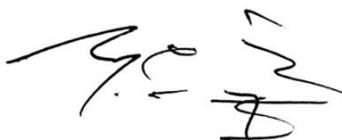
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin constas en este nivel jurisdiccional.

TERCERO: En la oportunidad pertinente, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



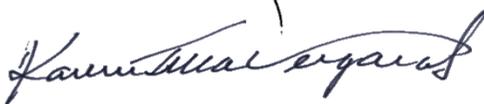
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 372-2021.....	1
Radicado n°. 23-417-31-03-001-2016-00029-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	2
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	2
V. CONSIDERACIONES	2
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico	3
3. Existencia de la relación laboral entre las partes	3
4. Costas	4
VI. DECISIÓN	5
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	5



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

Folio 373-2021

Radicación n° 23-162-31-03-002-2019-00086-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por ambas partes contra de la sentencia de 13 de octubre de 2.021, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUZ ESTHER LÓPEZ POLO contra la ESE HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETÉ.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre la demandante en calidad de trabajadora, y la demandada, en calidad de

empleador, de un contrato de trabajo que cobró vigencia desde el 1° de julio de 2.017 hasta el 31 de enero de 2.018, y, en consecuencia, se condene a a la última al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados en la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Labor se hizo bajo contratos de prestación de servicios, pagos de los honorarios de las cuentas legalizadas por el servicio prestado, inexistencia de la obligación y buena fe.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última se recibió el testimonio de LEIDA ROSA COGOLLO DORIA, solicitado por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS PUNTOS IMPUGNADOS

A través de esta, se declaró la existencia entre las partes de un contrato de trabajo con extremos temporales del 01 de julio de 2.017 al 31 de diciembre del mismo año; y, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, sanción

moratoria del artículo 65 del CST y calculo actuarial concerniente a los aportes en pensión de los ciclos comprendidos dentro del periodo laborado.

Cimentó las anteriores determinaciones, en que la actora prestó sus servicios a la demandada en el espacio temporal indicado, lo que fue aceptado por la demandada, activándose entonces la presunción de contrato de trabajo, y, además, encontró acreditada la subordinación por la naturaleza de la labor y la prueba del cumplimiento de horario que revela los cuadros anexados a la demanda, los que no fueron tachados de falso.

IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por el extremo temporal final de la relación laboral, afirmando que la testigo LEIDA ROSA COGOLLO DORIA, fue clara en señalar que la actora laboró hasta el 31 de enero de 2.018.

3. Apelación de la demandada

Expuso argumentaciones tendientes a desvirtuar la relación laboral y la sanción moratoria. En cuanto a lo primero, en apretada síntesis de lo sustancial, afirma que el

vínculo fue de contratos de prestación de servicios acordes al inciso 2° (sic) del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; que no es lógico que se tomen éstos como prueba de una relación laboral cuando su literalidad revela que son contratos de prestación de servicios firmados voluntariamente por ambas partes. Y, en cuanto a lo segundo, señala, en resumen, que la mora se da a partir de la sentencia que declara la relación laboral y que no cabe desconocer la buena fe, porque no se ha transgredido de forma grosera la relación laboral, dado que la vinculación examinada pudo tener respaldo en la Ley 80 de 1993.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

VI. CONSIDERACIONES

1. 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 la sustentación de las apelaciones, le corresponde a la Sala dilucidar:

(i) Por virtud de la apelación de la demandada, si no hay lugar a predicar la prueba del contrato de trabajo. De ser así, si hay lugar a la condena a la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales.

(ii) Por virtud del recurso de apelación de la parte demandante, si el extremo final real de la relación laboral es el 31 de enero de 2.018, y, de ser así, la reliquidación de las condenas.

3. Acreditación de la relación laboral

3.1. Cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, aun tratándose de los concernientes a trabajador oficial, por virtud de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° y 20 del Decreto 2127 del mismo año, a la parte demandante o trabajador le corresponde acreditar la prestación de servicios. Demostrada ésta, se presume el contrato de trabajo **(Vid. Sentencias SL21923-2017, SL1012-2015 y SL8643-2015)**.

Concretamente, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que claramente impone la presunción de contrato de trabajo con la sola demostración de la prestación de cualquier servicio personal, reza:

“Artículo 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”.

3.2. Ahora, dicha presunción no se desvirtúa con la aportación de contratos escritos de prestación de servicios, que, afirman, haberse suscritos bajo el amparo del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y, por ende, las existencias de éstos no constituyen prueba documental que invierta la carga de la prueba al trabajador imponiéndole acreditar la subordinación en aras de que le sea admitida la prueba del contrato de trabajo. No. Así lo ha señalado uniforme y reiteradamente la Honorable Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencias **SL3938-2021, SL2170-2021, SL1394-2021, SL1393-2021, SL614-2021, SL545-2018, SL177-2018, SL21923-2017, SL1012-2015** y **SL8643-2015**, entre muchísimas otras.

Por ejemplo, en la primera citada, esto es, la **SL3938-2021**, el órgano de cierre de esta jurisdicción señaló:

“En ese orden, los contratos de prestación de servicios solamente dan prueba de su existencia, pero no de la forma como se ejecutaron, aspecto que debe indagarse a través de los otros medios de convicción, para determinar, en la realidad, cuál fue la naturaleza de la vinculación. Así, no es suficiente acudir a los contratos suscritos entre las partes, para evidenciar la autonomía de la labor ejecutada y desvirtuar con ello la subordinación. En ese sentido se precisó en CSJ SL, 26 may. 2006, rad. 27229:

‘En este puntual aspecto es de acotar, que esta Corporación ha sostenido en diversas ocasiones, que la sola aparición en el plenario de contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, no desvirtúan la existencia de un contrato de trabajo, es así que en casación del 28 de julio de 2004 radicado 21491, se reitera lo expresado en la decisión que rememoró el ad quem del 11 de diciembre de 1997, radicación 10153, oportunidad en la que se manifestó:

‘(...) Sobre este tópico comporta recordar lo que de manera reiterada ha expresado esta Corporación en cuanto a que la sola presencia en el proceso de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en la figura nominada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no descarta, de plano, la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco permite sostener, por esa sola circunstancia, que tal deducción constituya una equivocación protuberante. Así lo aseveró esta Corporación en la sentencia del 11 de Diciembre de 1997 (Rad. 10153) y lo reiteró en la sentencia del 22 de Marzo de 2000 (Rad. 12960)’”.

3.3. Ahora, en el presente caso, el apoderado de la parte demandada arguye que, es una petición de principio y un contrasentido lógico, hincar la prueba del contrato de trabajo en los contratos de prestación de servicios, y no aceptar que éstos lo que prueban es justamente una vinculación de contratos de prestación de servicios.

3.3.1. Lo anterior no es de recibo, porque el vocero judicial del extremo pasivo parte de la premisa errada que la presunción y, por ende, la prueba del contrato de trabajo está apoyada en la prueba documental de los contratos de prestación de servicios aportados con la demanda, lo que no es cierto, pues dicha presunción aparece anclada es en la prueba de la prestación efectiva de los servicios personales de la demandante, en beneficio de la demandada, siendo esa prueba, en el caso, el haberse aceptado en la contestación de la demanda que tales servicios en efecto prestados por la

actora a la ESE demandada, como también en el testimonio de LEIDA ROSA COGOLLO DORIA, y, encuentra la Sala que ello también tiene sustento en la certificación del tesorero de esa entidad de haber la actora *ejecutado* los contratos de prestación de servicios.

En efecto, recuérdese que documentos que dan cuenta la *ejecución* de los contratos de prestación de servicios, lo que hacen es acreditar la prestación efectiva de los servicios personales, y, por consiguiente, la activación de la presunción de contrato de trabajo prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945. Así lo ha entendido la Honorable Sala de Casación Laboral, a propósito, por ejemplo, de las actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios, en la sentencia **SL8643-2015** en la que discurrió:

“(…) los contratos de prestación de servicios adosados a los autos, indiscutidos por el demandado se reitera, acreditan precisamente el hecho base de la presunción de contrato de trabajo: la prestación personal y continua de servicios de la actora al Instituto demandado.

(…) y las liquidaciones de los respectivos contratos de prestación de servicios nada distinto a lo ya anotado expresan, esto es, que por los servicios prestados la actora percibió una determinada remuneración”. Se destaca.

En fin, el reparo de la apelación de la parte actora relativo a la ausencia de prueba de la relación laboral, no es de acogimiento.

4. Respecto al extremo temporal final de la relación laboral

4.1. El apoderado de la demandante centra su apelación el extremo temporal final de la relación laboral, afirmando que la testigo LEIDA ROSA COGOLLO DORIA, fue clara en señalar que la actora laboró hasta el 31 de enero de 2.018.

4.2. No obstante, el anterior reparo no es de recibo, porque la afirmación de la testigo en comentario, en lo que respecta concretamente al hito temporal final del contrato de trabajo, tiene su fuente el propio dicho de la parte actora, y, en consecuencia, ningún valor demostrativo tiene aquella afirmación testimonial.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia SL, 6 mar. 2007, Rad. 29422, reiterada en la SL4713-2021, expresó:

“En cuanto a que al juez de apelación no le corresponde verificar que el testimonio que se valora es fuente de conocimiento directo o es de oídas es una aseveración que riñe con las facultades del juez laboral consagradas en el artículo 61 del Estatuto Adjetivo del Trabajo.

La jurisprudencia ha reconocido el deber del juez de valorar la fuente del conocimiento del testigo y con base en ello deducir incluso la validez que le otorga como medio demostrativo:

La Sala de Casación Civil de la Corte destacó en sentencia de 1° de septiembre de 2003, que *‘Tales declaraciones (de testigos de oídas), valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no*

merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento... como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas' (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)" (Exp. No. 6943)". Se destaca.

A su turno, la Honorable Sala de Casación Civil, en sentencia SC, 29 jun. 2007, Rad. 05001-31-10-006-2000-00751-01, señaló:

“Esta Corporación ha señalado, en torno a los testimonios de oídas o *ex auditur*, que ‘frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir estos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que ha expresado al declarante alguna de las partes’ (CLXXXVIII, 307, reiterada en cas. civ. 18 de abril de 2001, Exp. 5943)”.

Y, en otros precedentes ese mismo órgano límite discurrió así:

“Tales declaraciones, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento... como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o *ex auditur* ‘son muchos mayores las probabilidades de equivocación o de mentira’, de donde ‘está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un

hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas”.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22), citada en Sentencia del 23 de julio de 2005, Exp. 0143. M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

Dicho lo anterior, no se acoge el reparo de la apelación de la parte actora examinado.

5. Respecto a la sanción moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949

5.1. El apoderado de la demandada cuestiona la condena al pago de sanción moratoria, arguyendo, en resumen, que no hay mora, porque, afirma, ésta se da a partir de la sentencia que declara la relación laboral; y, que no cabe desconocer la buena fe de la entidad que defiende.

5.2. Empiécese por señalar que la A quo impuso la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, que no es pertinente al caso porque rige para los particulares, en tanto que la propia para los trabajadores oficiales es la estipulada en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que tiene unas particularidades que la diferencian de aquélla, como, por ejemplo, que es a partir del vencimiento de un plazo de gracias (90 días siguientes a la terminación del contrato laboral) y su fuente no es sólo la falta de pago salarios y prestaciones sociales, sino también la de las indemnizaciones que se adeuden al trabajador.

5.2. No obstante, aun haciendo abstracción de lo anterior, bajo la premisa de que el reparo de la apelación de la demandada en cuanto a la sanción moratoria no se sustentó en la aplicación indebida del artículo 65 y que, por virtud del principio *iura novit curia*, cabe considerar la pretensión accesoria bajo el precepto sustancial correcto (Vid. Sala de Casación Laboral, Sentencias SL13892-2016, SL, 3 dic. 2007, rad. 29621 y SL, 4 oct. 2009, rad. No.33352), hay razón aquí para revocar la sanción en comentario.

5.3. Sin embargo, la razón de la revocatoria no está en el argumento relativo a que la mora se predica a partir de la sentencia que declara la relación laboral, pues ese criterio, que sí tiene el Honorable Consejo de Estado, no es el del órgano de cierre de esta jurisdicción ordinaria laboral, dado el carácter declarativo y no constitutivo de la sentencia que, precisamente, declara la existencia del contrato de trabajo (Vid. Sentencias SL437-2019 y SL2170-2021).

5.4. La real razón para infirmar la sanción moratoria, radica en la ausencia del presupuesto subjetivo de la misma.

5.4.1. En efecto, la sanción moratoria en comentario no es de aplicación automática. Por ende, en cuanto a su imposición este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los

servicios, sin que exista prueba de que la demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla en comentario que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹**, señaló:

“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.

A su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767²**, expresó:

“Si **la censura invoca** el contenido literal de las aludidas documentales, **para decir que actuó convencida de que no**

¹ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

² M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, **es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo**". Se destaca.

En la **SL19093-2017**, dijo:

"Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949], **dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante**, al servicio de la demandada".

Recientemente en la **SL1426-2018**, señaló:

"Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que **es incontrovertible el ejercicio de la subordinación** y la remuneración por los servicios prestados".

Y, en fin, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este

Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**).

5.4.2. El criterio en comentario ha sido encontrado razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**, además se trata de una tesis que se ha derivado de la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, tal como se infiere de sus precedentes arriba invocados, entre muchos otros.

5.4.3. Pues bien, de las pruebas recaudadas se tiene que, a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo ha de llegarse exclusivamente por la presunción de contrato de trabajo derivadas de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 20 del Decreto 2127 del mismo año, pues ninguna de las pruebas recaudadas revela el ejercicio del poder subordinante por parte de la demandada, al actor. En efecto, del dicho de la testigo LEIDA ROSA COGOLLO DORIA, sólo se desprende que la actora prestó sus servicios de aseo a la demandada, mas no reveló circunstancia alguna que conlleve a concluir el ejercicio por parte de ésta de un poder subordinante con respecto a aquélla; por el contrario, afirmó que durante la relación laboral la demandante nunca solicitó permiso a la demandada.

5.4.4. La A quo ancló la prueba de la subordinación en el cumplimiento de horario derivado de la naturaleza de la

labor realizada por la demandante y en los cuadros de turnos aportados con la demanda. No obstante, el sólo cumplimiento de horario no es suficiente para acreditar con total convicción el elemento subordinación, porque ello no es un hecho exclusivo de las relaciones laborales subordinadas (Vid. Sala de Casación Laboral, sentencias SL2996-2021; SL1261-2021; SL3909-2018; SL11661-2015; CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014; y, CSJ SL, 13 noviembre 2003, radicado 20770).

Así que, fluye de lo expuesto la revocatoria de la sanción moratoria, y, en lo demás, la confirmación de la sentencia.

5.5. Finalmente, aclara la Sala que no le corresponde, en el caso, dilucidar las otras condenas consecuenciales a la declaración del contrato de trabajo, pues el apelante únicamente hizo reparos atinentes a la naturaleza laboral del vínculo entre las partes y a la sanción moratoria, más no se ocupó de derruir los otros rubros o condenas consecuenciales. Al respecto, reiteradamente la Honorable Sala de Casación Laboral viene señalando:

“No puede reclamar un apelante que el Ad quem resuelva por añadidura a lo que es objeto de disconformidad manifiesta con relación a uno de los aspectos de la decisión judicial sobre una de las pretensiones, porque no puede sobre entenderse que la protesta también comprende (...) o de las que pueden seguir o no a una principal, aunque dependan de éstas para su existencia” (Vid. CSJ SL, 29 jun. 2006, rad. 26936, reiterada en muchas otras, como, por ejemplo, en la CSJ SL, 10 ag. 2010, Rad. **34215**; CSJ SL, 9 mar. 2010, Rad. **40198**; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad.

35660; CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350; y, CSJ SL, 14 ag. 2007, Rad. 28474; CSJ SL); e incluso, acogida por la Corte Constitucional en sentencia T-394/2013).

Precedente judicial anterior que fue acogido por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-394/2013. Asimismo, ha sido reiterado literalmente por la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencias: **SL5263-2018**, **SL4775-2018**, **SL16899-2017**, **SL3199-2017**, **STL2964-2017**, **STL10202-2016**, **STL5588-2015** y **STL15103-2014**. Y, concretamente en la sentencia **SL16899-2017**, antes de traer a colación el precedente en mención, señaló:

“No puede sostenerse válidamente que, como apeló la condena principal, entonces también lo hizo respecto de las condenas precisas que de aquella dependen. Así lo viene sosteniendo la Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL, 14 ag. 2007. rad. 29982, reiterada en CSJ SL3199-2017”.

6. Costas

Dado que la apelación de la parte demandada prosperó sólo parcialmente, y, además, no hubo intervención de las partes ante esta superioridad, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365, numerales 5° y 8°).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el **numeral cuarto** de la sentencia apelada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 373-2021	¡Error! Marcador no definido.
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00334-02.....	¡Error! Marcador no definido.
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS.....	2
PUNTOS IMPUGNADOS	2
IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante	3
3. Apelación de la demandada	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Problema jurídico a resolver	4
3. Acreditación de la relación laboral	5
4. Respecto al extremo temporal final de la relación laboral.....	9
5. Respecto a la sanción moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949	11
6. Costas	17
VII. DECISIÓN	17
RESUELVE:	18
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	18

**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°. 23-001-31-05-003-2018-00438-01 FOLIO 158-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, TRES (3) DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. EN INTERVENCIÓN, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 27 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALBERTO GENARO ORTEGA ROMERO contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora el reconocimiento y pago de la mesada 14 a cargo de la accionada, desde junio de 2017 hasta la fecha de la sentencia, suma debidamente indexada, así como los intereses corrientes y moratorios causados, además de las costas y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones, relata, de forma sucinta, los siguientes hechos:

- Que laboró a favor de la Empresa Electrificadora de Córdoba S.A. E.S.P. desde el día 02 de abril de 1984 hasta el 30 de abril de 2005, empresa que fue liquidada y reemplazada por Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. en el año 1998.

- Que Electrificadora de Córdoba S.A. E.S.P., le reconoció una Pensión vitalicia de jubilación mediante convención colectiva de trabajo, a partir del 01 de mayo de 2005, donde quedó establecido que la empresa asumiría el mayor valor de la pensión si lo hubiere.
- Que en el momento en que Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. compró la Electrificadora de Córdoba S.A. E.S.P, asumió las pensiones reconocidas en las condiciones establecidas por la ley, tanto en la resolución como en la convención colectiva.
- Que Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., venía reconociendo su pensión de jubilación correspondiente a 14 mesadas en el año.
- Que mediante Resolución N° SUB 18922 del 24 de marzo de 2017, el extinto ISS pasó a compartir la pensión de jubilación que la empresa le venía cancelando, atendiendo a que el fondo pensional solo se haría cargo del 90% conforme a la ley, y por parte de la empresa accionada el mayor valor.
- Que el extinto ISS -hoy Colpensiones- dejó de cancelarle la mesada 14 desde junio de 2017, solo le cancela 13 mesadas pensionales y el 90% de la pensión de jubilación que percibía según la ley.
- Que Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., desde que Colpensiones empezó a compartir la pensión, no ha cancelado la mesada 14, siendo contrario a lo establecido en la resolución donde quedó plasmado que la empresa asumiría dicho pago. La accionada viene reconociendo el mayor valor de cada una de las mesadas del año, sin embargo no le reconoce el pago de la mesada 14 siendo esta un mayor valor, en atención a que no es posible disminuir el monto de una pensión reconocida.
- Que presentó solicitud el día 29 de septiembre de 2017, la que fue despachada desfavorablemente.

2.3. Contestación y trámite.

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, propone como excepción de mérito las de prescripción, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios para pensiones de origen convencional, fundamentado en que la pensión cancelada al actor fue otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985, es decir, el 01 de mayo de 2005, cuando la normatividad estableció la figura de compartibilidad, además el

acto legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada 14 para quienes no cumplieran con lo dispuesto en la norma en comento.

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

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado en primera instancia condenó a la empresa accionada ELECTRICARIBE S.A. EN INTERVENCIÓN, al pago de la mesada 14 o adicional de junio a favor del actor, a partir de junio de 2017 y en adelante, sumas debidamente indexadas, absolvió a la accionada de las demás pretensiones incoadas y condenó al pago de costas y agencias en derecho.

Señaló que, conforme a las pruebas documentales, al actor le fue reconocida la pensión de jubilación mediante resolución emitida por ELECTRICARIBE-ELECTROCOSTA-GERENCIA DE ORIGANIZACION Y RECURSOS HUMANOS, conforme al artículo 14 de la convención colectiva de 1985 y el art. 51 del acuerdo suscrito el 18 de septiembre de 2003, porque cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios, es decir 53 años de edad y 21 años de servicio, pensión que fue reconocida por la empresa a partir del 01 de mayo de 2005 hasta que Colpensiones mediante resolución reconoció la pensión de vejez compartida, a partir del 14 de junio de 2017.

Conforme a lo anterior, consideró que al actor le fue reconocida la pensión de jubilación convencional posterior al 17 de octubre de 1985, fecha a partir de la cual se empezó a regular la compartibilidad de las pensiones extralegales con las legales reconocidas por el I.S.S., fundamentado en el acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad, posteriormente en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, prestación que deviene de una pensión de origen convencional cuyos derechos fueron anteriores al acto legislativo 01 de 2005; indicó que es un derecho adquirido y reconocido por la misma demandada y que no fue afectado por dicho acto, que posteriormente a tal reconocimiento pensional la empresa procedió aplicar la compartibilidad por cuanto gozaba de protección especial al haberse dado con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo.

Concluyó que en el asunto se trata de un pensionado que adquirió su derecho de carácter convencional antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, por tanto su derecho a la mesada 14 está a cargo de la entidad demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. EN INTERVENCIÓN manifiesta su inconformidad con el fallo de primera instancia por considerar no se encuentra conforme a la ley, puesto que el actor solicitó que se desconociera la figura de compartibilidad entre las pensión legal y extralegal que le fueron reconocidas, aunado a ello, le fue reconocida la pensión el 01 de mayo de 2005, fecha posterior al año 1985, cuando la ley había dispuesto la figura de la compartibilidad, siendo en estos términos en que le fue reconocida su pensión, por tanto, indica, es el acto legislativo 01 de 2005 que estableció la eliminación de la mesada 14 para aquellas personas que se pensionaran con posterioridad a la vigencia de dicho acto y que devengaran más de tres smmlv, como ocurre en el asunto.

Precisa que, siendo una disposición constitucional que afecta es directamente al actor, pues el tema de la compartibilidad es un derecho adquirido por parte de la accionada, lo que representa un despropósito quedar la empresa obligada a pagar el 100% cuando se excluyó del ordenamiento jurídico la mesada adicional de junio, pues con ella no se beneficiara de la compatibilidad que fue anterior a la expedición del acto legislativo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte actora a través de apoderado presenta sus alegatos solicitando la confirmación de la sentencia, por considerar *“no se puede desmejorar al pensionado, ya que es un derecho que estaba en cabeza del señor ALBERTO ORTEGA, con anterioridad de la vigencia del Acto Legislativo N 001 del 2005. Razón por la que es merecedor de que se le pague dicha mesada.*

5.2. Por su parte la accionada, a través de apoderado, expone sus alegatos bajo los mismos fundamentos planteados en el recurso de alzada.

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

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la Sala determinar si está obligada la accionada a continuar cancelando la mesada catorce (14) al actor, so pena de la compartibilidad de la pensión convencional que le reconoció, con la pensión legal concedida por COLPENSIONES.

6.3. Iniciemos por precisar que acreditado está en el expediente la pensión de jubilación convencional que la entidad accionada reconoció al demandante, ello acorde a lo establecido en el artículo 14 de la convención colectiva de trabajo de 1985 celebrada entre la ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. E.S.P. y su Sindicato de trabajadores, amén del artículo 51 del acuerdo suscrito el 18 de septiembre de 2003 entre ELECTROCOSTA y el SINDICATO DE LA ELECTRICIDAD DE COLOMBIA SINTRAELECOL, pensión que fue otorgada a partir del 01 de mayo de 2005, en el cual se pactó que la misma se extendería hasta cuando el I.S.S., o la entidad que haga sus veces, le concediera la pensión de vejez, fecha a partir de la cual, la empresa pagaría solamente el mayor valor si lo hubiere; así se vislumbra en el documento adiado 27 de abril de 2005 emitido por el Gerente de Organización y Recursos Humanos de Electricaribe-Electrocosta, por el cual se le comunicó al actor el citado reconocimiento pensional (Fol. 8 y 9).

Lo anterior pone en evidencia que la pensión de jubilación de origen convencional reconocida por la accionada al accionante, lo fue con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que lo fue el 29 de julio de 2005, y torna oportuno citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL-3962 del 04 de agosto de 2021, Radicación 71186, M.P. Dr, Gerardo Botero Zuluaga, señaló que el acto legislativo en comento no afecta los derechos adquiridos antes de su expedición:

“Ahora bien, cabe precisar que lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó el derecho pensional del actor, en tanto que este causó con anterioridad a su vigencia; esto en razón a que, como ya se dijo, la edad es un simple requisito de exigibilidad del derecho y no de causación y, en esa medida, el 27 de junio de 1999 –fecha de desvinculación del actor de la empresa-, ya contaba con más de 20 años de servicios en favor de la Caja Agraria, es claro que, para el 31 de julio de 2010, aquel tenía un derecho adquirido, pues ya había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 27 de octubre de 2012, sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos.”

Ahora bien, no se discute que la entidad accionada reconoció a favor del actor el pago de la mesada 14 desde que le fue reconocida la pensión de jubilación convencional, es decir a partir de 01 de mayo de 2005, y así consta del certificado visible a folio 141 adiado 25 de octubre de 2019 emitido por ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A.E.S.P. a través del área de administración de pensiones; no obstante se duele la parte actora de que, en el momento en que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez compartida, a partir del 01 de mayo de 2017 (fol.10 al 15), la entidad empleadora omitió el pago de la mesada adicional de junio; argumentando ésta en la sustentación de su recurso que ello obedece a la figura de la compartibilidad entre la pensión legal y extralegal, por lo que considera la empresa estaba obligada a pagar la mesada 14 hasta tanto al pensionado se le reconociera la pensión de vejez por el I.S.S, a partir de lo cual solo estaría obligado a pagar la diferencia o mayor valor.

Sobre este tópico se ha planteado, entre otras, en sentencia SL-4164 del 07 de julio de 2021, Radicado 81223, MP. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez, lo siguiente:

“Pues bien, inicialmente debe destacarse que por definición, la compartibilidad pensional en el ámbito de las pensiones extralegales es una figura jurídica que surge cuando: (i) los trabajadores son beneficiarios de una pensión extralegal; (ii) posteriormente, reúnen los requisitos para acceder a una legal de vejez, y (iii) la ley estipula la subrogación de la primera por parte del ente administrador de pensiones, de modo que si ello es parcial, queda a cargo del empleador únicamente el mayor valor que resulte de la comparación de su valor, de ahí que en estos casos su pago sea compartido.

Su regulación expresa se dio en Colombia solo a partir del 17 de octubre de 1985 con la expedición del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. En atención a estos referentes normativos, la Sala ha adoctrinado en innumerables oportunidades que si el otorgamiento de la pensión extralegal se da con anterioridad a aquella fecha, será compatible con la que otorgue el ISS, a menos que se disponga lo contrario; pero que si la prestación se concede con posterioridad, salvo estipulación diferente, debe entenderse que son compartibles.

Asimismo, la Corporación ha adoctrinado que cuando las pensiones son compartibles, «el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario» (CSJ SL4555-2020). En otros términos, que la finalidad de la compartibilidad pensional es precisamente la asunción del riesgo por parte de la entidad de seguridad social, por lo que debe entenderse que el beneficiario recibe una sola pensión de vejez, pero totalmente equivalente a la que le pagaba el empleador, de modo que si al cotejarlas existen diferencias económicas derivadas de que en la pensión legal de vejez se deja de recibir una mesada adicional que le reconocía el empleador, este debe asumir su valor (CSJ SL671-2021). Precisamente, en esta decisión la Corte asentó:

(...) la compartibilidad pensional genera un doble efecto: (i) beneficia directamente al empleador en la medida en que, como se ha explicado, puede subrogarse total o parcialmente de la obligación pensional a su cargo, y (ii) constituye una garantía frente al pensionado por cuanto el valor de la prestación, así como el número de mesadas reconocidas no puede verse alterado, de manera tal que, si la pensión primigenia presenta diferencia con la reconocida por el ISS, por ser esta inferior al valor otorgado, aquel no logra liberarse en forma total y, en consecuencia, debe asumir el mayor valor resultante (subraya la Sala). “

Así las cosas habrá de concluirse que, en el caso estudiado, si el empleador venía cancelando al trabajador con ocasión al reconocimiento de la pensión convencional 14 mesadas al año, no es viable exonerarse de continuar pagando la mesada 14 una vez que se genera la compartibilidad con la pensión legal reconocida por COLPENSIONES, si esta no reconoce la mesada adicional por efecto del Acto legislativo 01 de 2005, ello por cuanto, en primer lugar, la mesada 14 que venía siendo cancelada por el empleador constituye un mayor valor que sigue a cargo de aquél sin que sea dable disminuir el valor de la pensión; dos, atendiendo a que el Acto legislativo solo exoneró del pago de la mesada 14 a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigencia, mientras que la pensión de jubilación convencional fue reconocida al demandante antes de esa data; y tres, porque el mismo Acto Legislativo 01 de 2005 garantizó el respeto por los derechos adquiridos.

Las motivaciones precedentes son suficientes para considerar acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello será confirmada la sentencia apelada.

6.4. Costas.

Atendiendo las resultas de la alzada y la réplica de la parte demandante, se impondrán costas en esta instancia a cargo del accionado, acorde con el artículo 365 del C.G.P.

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 tales agencias en 1 SMMLV que, según el numeral 4° 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: CONFIRMAR la sentencia apelada acorde con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte accionada, agencias en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ 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 2021-00027-01- FOLIO 177-2021

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, TRES (3) DE DICIEMBRE 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 contra la sentencia pronunciada en audiencia del 12 de mayo de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA DEL ROSARIO SANCHEZ MEJÍA contra los recurrentes, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES. Asimismo, el recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A. contra el auto también pronunciado en la misma audiencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora MARÍA DEL ROSARIO SANCHEZ MEJÍA, 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 administrado por PROTECCION S.A, efectuado el tres (03) de abril de 1995. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCION S.A. a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, 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.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta los siguientes hechos:

-La señora MARIA DEL ROSARIO SANCHEZ MEJIA nació el 16 de abril de 1963; a partir del 27 de mayo de 1984 se vinculó laboralmente con la empresa CORPORACION AHORROS VIV. COLMENA, afiliándose al REGIMEN DE PRIMA MEDIA en pensiones administrado en ese momento por el extinto I.S.S, hoy por COLPENSIONES.

- En el mes de mayo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION S.A, el cual no le informó documentalmente acerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el Régimen de Prima Media y hacer efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

- La AFP PROTECCION no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez, como tampoco le suministraron información documentada relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre el régimen de prima media y el RAIS.

-El día 2 de febrero de 2021 la demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, entidad que mediante misiva adiada 2 de febrero de 2021 rechazó la petición, con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2.3. Contestación y trámite

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

2.3.1. COLPENSIONES *propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de diez años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

2.3.2. PROTECCION S.A. propuso las excepciones de *ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, y la innominada o genérica.*

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, en forma concentrada, profiriéndose en la primera el

III. EL AUTO APELADO

El A quo negó al apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., actuar como representante legal de dicha sociedad, al estimar que su designación válida es la de mandatario judicial, pues la condición de representante legal concierne a la Asamblea General o a la Junta Directiva de esa sociedad demandada.

IV. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, por considerar que la AFP PROTECCION 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 de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad que administra PROTECCION S.A. en la fecha 3 de ABRIL DE 1995; declaró que para todos los efectos legales la señora María del Rosario Sánchez Mejía conserva o se entenderá que siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida que en su momento administraba el ISS hoy Colpensiones, de acuerdo a los efectos que conlleva la ineficacia de volver las cosas a su estado anterior, se tendrá a la demandante como una vinculada al régimen de prima media sin que se le imponga ningún tipo de restricciones para reconocerla como tal por Colpensiones, ninguna barrera de tipo administrativo.

Condenó a PROTECCION S.A. devolver y/o entregar a Colpensiones o reintegrar los valores que hubiere recibido o que tenga con motivo de la afiliación de Maria del Rosario Sánchez Mejía, tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, bonos pensionales (si los

hubiera), ello con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.; así mismo se incluyan las deducciones realizadas gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima debidamente indexados, esto con sus propios recursos, y se entregue la información relacionada con la conformación de la historia laboral de la señora María del Rosario Sánchez Mejía a Colpensiones.

Impuso condena en costas a cargo de los accionados.

V. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

5.1. APELACIÓN DE COLPENSIONES.

Aduce no debe condenarse a COLPENSIONES por cuanto no intervino en el acto de traslado de régimen de la demandante a PROTECCION, en tal sentido, indica el acto tiene plena validez toda vez que no se encuentra un factor de vicio en el traslado siendo que fue de manera libre y voluntaria ya que la afiliada se encontraba consiente del acto y sus consecuencias.

Plantea que al permanecer la demandante tanto tiempo en la AFP y no trasladarse a COLPENSIONES, queda demostrado la intención de permanecer en el fondo privado, ya que tenía la posibilidad de cambiarse de régimen de ahorro individual y no lo hizo, sino hasta ahora en el último momento en que se dio cuenta que obtenía mejor derecho pensional en COLPENSIONES que en PROTECCION; amèn de que considera la demandante no puede trasladarse al régimen de prima media, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, por lo que, por mandato de la ley 797 de 2003, le es imposible trasladarse de régimen pensional, es decir, por vía administrativa no era posible que COLPENSIONES accediera a esta pretensión.

5.2. APELACIÓN DE PROTECCION S.A.

Muestra inconformidad con la condena, toda vez que manifiesta que no se deben devolver los gastos de administración, los descuentos que se hicieron destinados a gastos en las aseguradoras, para seguro de pensiones de sobreviviente e invalidez, así como los reaseguros, orden que se considera contraria a derecho ya que existe una norma que le impone a la AFP hacer esos descuentos.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Solicita se confirme el fallo de primera instancia bajo los siguientes fundamentos:

“El suscrito respeta pero no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de alzada, pues en este proceso lo que se echa de menos es la FALTA DE INFORMACIÓN DOCUMENTADA, en donde se le haya dado a conocer al potencial afiliado los por menores acerca de las consecuencias ya sean positivas o negativas que traía consigo el cambio de régimen pensional, lo cual no se hizo por parte del fondo de pensiones PROTECCION al momento de la afiliación, lo que a las claras es una violación a lo establecido en el artículo 13 literal b, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993 respectivamente, el cual reza que la afiliación al sistema de pensiones debe es libre y voluntaria, y si esto no fuera así la afiliación quedaría sin efectos.

(...)

Ahora, aterrizando en el caso que nos ocupa podemos afirmar con total certeza que al demandante no se le dio toda la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen, pues era el fondo de pensiones quien tenía la obligación de advertirle con documento alguno acerca de los pro y los contra, los beneficios y perjuicios que traía el cambio de régimen, como por ejemplo que se le explicara sobre el monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, ó la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS, pero encontramos que brilla por su ausencia en el expediente documento que demuestre que al demandante se le brindò esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, razón por la cual debe declararse ineficaz la afiliación al RAIS y confirmar la sentencia apelada”.

6.2. ALEGATOS PROTECCION S.A.

De forma sucinta plantea lo siguiente:

“En el hipotético caso de que se confirme el fallo y sea declarada la nulidad o ineficacia del acto demandado, NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de cuotas de administración, toda vez que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que han tenido sus efectos pues los rendimientos financieros no son automáticos, sino producto de la administración. Unos dineros no administrados o al administrados antes de generar rendimientos tienden a disminuirse.

Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, porque existen obligaciones cumplidas que no son posibles devolver, así que lo más parecido a dejar las cosas sin efectos es terminarlos como vienen porque lo contrario significaría enriquecimiento para una de las partes y en este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCIÓN nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se confirme la orden a PROTECCIÓN de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en pro de la demandante un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada.

Igualmente se pide revocar lo relativo a los gastos destinados al seguro provisional por considerar que no es procedente la devolución de los dineros destinados a tal cosa toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe”.

6.3. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Argumentó 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 efectuado por la demandante, teniendo en cuenta como punto a reiterar que mi defendida fue ajena a dicha circunstancia, nunca asesorò o brindò información, ni intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la 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 gozò 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 èl 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.

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por la señora María Sánchez Mejía, del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, gozó de plena validez, siendo la afiliada totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del mismo, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada durante tanto tiempo a la AFP PROTECCIÓN y haberse abstenido de solicitar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones hasta entonces, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer en ese régimen pensional, al cual había emigrado 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 quizás no le favoreció, pretenda retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, obviándose que en su oportunidad pudo ejercer su derecho de retracto previsto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, no obstante nunca lo ejerció, dando a cavilar todo este tiempo en el que ha permanecido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que estuvo a gusto con su afiliación y con las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por la Administradora de su elección, evidenciándose así su deseo de continuar en dicho régimen, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado, siendo la única manera de desvirtuar esta regla legal el demostrando la preexistencia de una fuerza que viciara el consentimiento, circunstancia que no se evidenció en el presente caso, pues se echó de menos prueba alguna que soporte la existencia de algún vicio que afectara el consentimiento del actor al momento de afiliarse al RAIS.

Al día de hoy a la señora María Del Rosario Sánchez Mejía, le es imposible cambiarse de Régimen, por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, normatividad que estipula que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Presupuestos procesales

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

7.2. 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, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, el problema jurídico se ciñe a dilucidar: (i) si el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., puede fungir en el proceso igualmente como representante legal de esa sociedad; (ii) 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 PROTECCION S.A. de brindarle información; (iii) De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. (iv) si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción.

7.3. Condición con que actúa el apoderado de PROTECCIÓN S.A.

A sentir del apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., en la escritura pública N° 1114 del 21 de octubre de 2019 otorgada en la Notaria 14 de Medellín, la Sociedad PROTECCION SA le otorgò facultades de representante legal a la firma ARJONA Y DE LA OSSA ABOGADOS S.A., además con facultad para conciliar y confesar.

Desde ya se advierte que la escritura pública a la que se hace alusión solo pone de presente la constitución de un mandato o poder general, a fin de que la sociedad ARJONA Y DE LA OSSA ABOGADOS S.A., funja con el carácter de apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., lo que no le otorga la condición de representante legal o administrador, aunado a que el poder general otorgado por el citado instrumento, los fue por el Vicepresidente de PROTECCIÓN S.A., y que tratándose de sociedades anónimas ello es función de la junta directiva o de la asamblea general, según lo estipula el artículo 440 del C. de Co., en armonía con los artículos 420 y 422 ibídem, por lo que acertada fue la decisión del A-Quo y será confirmada.

7.4. Nulidad de la afiliación del régimen 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 definatorios 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.

Sobre este tópico se precisò en la sentencia SL-4803-2021 lo siguiente:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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», además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando”

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido

que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”.

Al remitirnos a las pruebas documentales arrojadas al proceso, a todas luces se evidencia que la AFP PROTECCION no demuestra fehacientemente que le brindò a la demandante una información detallada, clara y expresa de las consecuencias que podría tener el traslado de régimen efectuado el tres (03) de abril de 1995.

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 cumplió en el sub examine PROTECCION S.A., no puede pregonarse que el traslado que realizó la demandante lo fue bajo consentimiento informado.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PROTECCION S.A., llevan a la Sala a confirmar la decisión del fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera la demandante el tres (03) de abril de 1995, 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**”*

En cuanto a la prescripción propuesta por los voceros de las entidades demandadas, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

(...)

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

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 PROTECCION 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 los 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. Y en cuanto al derecho a las restituciones mutuas y el posible enriquecimiento ilícito por parte del actor con la devolución de las sumas de dinero que le fueron descontadas en el RAIS, ha de precisarse lo planteado en la SL2877-2020:

“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”.

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.

En el mismo sentido no es aplicable a la ineficacia o nulidad del traslado de régimen la prohibición impuesta el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003, en cuanto a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al Régimen de Prima Media porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez, pues la misma es viable de ser aplicada cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, que no ocurre en el caso estudiado.

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 y consultada.

7.5. COSTAS.

Como quiera que el recurso de alzada fue adverso a las pretensiones de los apelantes y que la parte actora presentó replica pero sólo frente a los recursos contra la sentencia, se condenará en costas de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

Y, teniendo presente 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 tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° 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.

VIII. 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

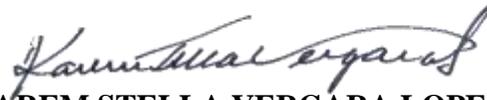
PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado por el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A.

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

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes; agencias en derecho en la suma impuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado