

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2020 00006 01 Folio 413-2020
Aprobado por Acta No. 31

Montería, nueve (09) de marzo del año dos mil veintidos (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a solventar la apelación y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **JOSÉ ULISES GIRALDO BURGOS** contra **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. El Sr. JOSÉ ULISES GIRALDO BURGOS, instauró demanda en contra de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, a fin de que se decrete la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., realizado el 29 de diciembre de 1995.

Asimismo, solicita que se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados por concepto de pension, al igual que sus rendimientos financieros y que se condene a COLPENSIONES a aceptarlo como afiliado junto con los aportes y rendimientos ya mencionandos.

Igualmente, ruega que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pension de vejez a que tiene derecho por haber cumplido con los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho, teniendo en cuenta el IBL de los untimos 10 años de

cotización a partir del día siguiente a la fecha de retiro forzoso, es decir, el 22 de diciembre de 2017.

Que, en razón de lo anterior, se condene a COLPENSIONES, al pago del retroactivo pensional causado desde que adquirió el derecho, hasta que se incluya en nómina de pensionados, más los incrementos de Ley para las mesadas posteriores al primer año de causación, así como al pago de intereses moratorios, sobre todas las mesadas retroactivas de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, por el retraso generado por la mora en el reconocimiento del derecho.

En ultimo lugar, suplica que se condene a las demandadas a la indexación de las condenas, incluyendo costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

2. La causa petendi se sintetiza así:

- Indica el actor que laboró para el Departamento de Córdoba, durante los siguientes tiempos:
 - a. Como archivero grupo personal y servicios generales del servicio seccional de salud desde el 1 de julio de 1973, hasta el 15 de marzo de 1976.
 - b. Como guarda de renta clase II-7 de la secretaría de hacienda desde el 1 de diciembre de 1976, hasta el 30 de septiembre de 1977.
 - c. Como guarda de renta clase II -10 de la secretaría de hacienda desde el 24 de octubre de 1977, hasta el 30 de septiembre de 1980.
- Cuenta que el ultimo cargo desempeñado fue el de celador en el establecimiento educativo Sagrado Corazón de Jesús del municipio de San Pelayo – Córdoba, desde el 04 de agosto de 1989, hasta el día 27 de diciembre de 2017. Es decir, laboró para el Estado durante 34 años, 8 meses y 12 días.
- Dice que durante la relación laboral, estuvo afiliado en pension al fondo de pensiones administrado por el Departamento de Córdoba, que pertenece al RPMPD.
- Que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para el sector público, 30 de junio de 1995, fue trasladado de manera arbitraria a la entidad COLFONDOS S.A., sin que se le consultara por parte del Departamento de Córdoba, si deseaba trasladarse de régimen, ni se le explicaron los beneficios que perdía al cambiarse al RAIS, que solamente le informaron que se trataba de una afiliación para el fondo de cesantías pero no para el cambio de régimen en pensión.

- Que nunca fue advertido, ni se le explicó que al trasladarse de régimen perdía los beneficios del régimen de transición del cual está amparado, pues a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con mas de 40 años de edad.
- Que en la actualidad se encuentra afiliado a COLFONDOS, entidad que no le garantiza que el dinero existente en su cuenta sea suficiente para financiar una pensión mínima siendo que laboró para el Departamento de Córdoba, por más de 34 años.
- Que PORVENIR S.A. (Sic), no solo le ocultó información respecto del capital que debía ahorrar para una pensión de vejez, sino que también omitió el deber de buen consejo del fondo al cual le convenía afiliarse.
- Que al momento de la afiliación COLFONDOS S.A., faltó al deber de brindarle una información clara, precisa y concreta que le permitiera conocer las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional.
- Que con el traslado del RPMPD al RAIS, se desmejoró ostensiblemente su derecho pensional. Que, de conformidad con el tiempo laborado y las cotizaciones realizadas durante más de 34 años de servicio, hubiera superado considerablemente el mínimo de semanas requeridas para hacerse beneficiario de la tasa máxima de reemplazo en el RPMPD.
- Aduce que el 10 de enero de 2020, solicitó a COLPENSIONES, la afiliación-traslado de régimen, la cual fue negada por la entidad en escrito con Radicado No. 2020-349024, de la misma calenda.
- Finalmente, anuncia que tiene cumplida la edad y el tiempo de semanas de cotización para pensionarse, por cuando en la actualidad cuenta con 68¹ años de edad y más de 34 años de servicio.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Como excepciones de fondo enarboló las denominadas “*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE EDAD PARA ACCEDER A PENSION DE VEJEZ, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES y PRESCRIPCIÓN*”.

¹ A la fecha de presentación de la demanda.

Por su parte COLFONDOS S.A., manifestó no ser de su voluntad oponerse a las pretensiones de la demanda, motivo por el cual tampoco presentó excepciones de fondo.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia dictada el 10 de diciembre de 2020, el fallor sigular, declaró la ineficacia del acto de traslado realizado por el Sr. José Ulises Giraldo Burgos del RPMPD, en su momento administrado por la Caja Departamental de Córdoba, al RAIS administrado por Colfondos S.A.

En consecuencia, declaró, que para todos los efectos legales, el actor conserva la condición de afiliado al RPMPD, como si nada hubiera ocurrido a la fecha en que hizo el respectivo traslado.

Así mismo, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A, a devolver a COLPENSIONES, los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros, incluidos los gastos de administración.

También declaró que demandante tiene u ostenta la condición de afiliado a COLPENSIONES, como si nada hubiese ocurrido, dado los efectos de ineficacia ya señalados y por lo cual, se ordena a COLFONDOS S.A. devolver todos los emolumentos ya señalados quedando COLPENSIONES, habilitada para reclamar lo ordenado en esta sentencia a su favor.

Finalmente, se abstuvo de resolver la pretensión pensional de vejez, por carecer de jurisdicción, y condenó en costas y agencias en derecho a COLPENSIONES.

En sustento de su decisión el A Quo, inició refiriéndose a la ineficacia de traslado por haberse aceptado por parte de COLFONDOS S.A., que al actor efectivamente no se le informó en forma veraz y concreta sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen, por lo que explicó la importancia del deber de información que recae sobre los fondos de pensiones y que nace desde el mismo momento en que se crean los fondos de pensiones con la Ley 100 de 1993.

Igualmente, señaló que dicha Ley trajo consigo dos regímenes que coexisten pero son excluyentes, el RPMPD – administrado por el ISS y, en su momento, por las cajas departamentales a las que se consideró como parte de este regimen- y el RAIS y, la misma ley, en su artículo 13, estableció que cada uno de los afiliados podría acceder a uno de estos dos regímenes y que lo harían de forma libre y autónoma, y, así mismo, el Decreto 692 de 1994, en su artículo 11. Y, que es tanto el celo porque esta elección sea libre y voluntaria que la ley 100 en su artículo 271 estableció multas y sanciones.

Frente al tema de la libertad y autonomía, la Corte Suprema, desde el año 2008, se viene pronunciando, en donde ha sido reiterativa en decir que la elección de uno de estos dos regímenes es un acto meramente voluntario que está precedido por la libre escogencia que no puede ser interferida por ningún factor externo, y esa escogencia debe estar precedida de una información veraz, imparcial y clara, donde se le indique al potencial afiliado cuáles serían las consecuencias de estar en un régimen y de estar en el otro.

Que ha sido tal la importancia que la Corte le ha dado a esto, que ha dicho que aún en casos donde no le convenga al fondo tener ese potencial afiliado, debería explicar las razones hasta el momento de desalentar a esa persona de afiliarse a ese fondo, también indica que desde antes de darse la afiliación ha debido decirse a la persona cuales son las consecuencias, ventajas, desventajas, requisitos y condiciones propias de cada régimen.

Posteriormente, citó algunas sentencias de la Corte Suprema, donde se reitera lo dicho sobre el tema objeto de estudio y precisó cuáles son las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las demandadas.

Agregó que la Ley 100 de 1993, cataloga a las cajas departamentales vigentes para la data en que se efectuó el traslado, como parte del RPMPD. Asimismo, se estableció que estas personas conservarían esa condición cuando esas cajas se declararan insolventes o se liquidaran, pasarían al ISS, tal como lo consagran los Decretos 692 de 1994 art. 34 y el Decreto y 1068 de 2005.

Atañedero a la prescripción propuesta por COLPENSIONES, señaló que la Sala de Casación Laboral, ha establecido que en lo relacionado con los derechos pensionales, estos no prescriben, por lo que son exigibles en cualquier momento.

Por último, frente a la petición de pensión ante COLPENSIONES, esgrimió que el despacho no tiene competencia para resolverla en razón de que el actor durante su vida laboral se desempeñó como **empleado público**, tal como lo acreditan las documentales aportadas, por lo tanto, a la luz del Art. 104 del CPACA, el art. 233 del Decreto 1222 de 1986, el despacho no es el competente para conocer este asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada sustituta de **COLPENSIONES**, se fue en alzada, manifestando inconformidad con que su representada tenga que asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, partiendo de que la afiliación del demandante se realizó de manera libre y voluntaria, sin que el fondo al que se encuentra afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Adujo que COLPENSIONES, en ningún momento brindó información para que el demandante accediera al cambio de administradora por lo que debe ser la administradora del fondo de pensiones receptora del RAIS, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello debe asumir el pago de las prestaciones que genere esta declaratoria.

Expresó que no le es dable pretender retornar después de todo este tiempo, cuando se encuentra válidamente afiliado a otro fondo y que en su momento aceptó las condiciones que dicha entidad le ofrecía.

Adicionalmente, explicó que por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, al actor le es imposible cambiar de régimen, que acorde con ello, la Corte Constitucional en sentencia C1024 de 2004,

"consideró que la medida prevista conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez resultaba razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario. Para justificar su decisión la honorable Corte determinó que el objetivo perseguido con la mencionada norma era evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, pues la descapitalización se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes".

Y, Por último, solicito que se absuelva de la condena en costas por haber actuado sin temeridad, bajo el principio de buena fe y no haber tenido implicación alguna en el acto de traslado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad la parte demandante alegó de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, mientras que la demandada COLPENSIONES, se ratificó en su alzada y solicitó la revocatoria del fallo polemizado.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia; **iii)** Analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción y, **iv)** lo atañedor a condena en costas.

i) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Sea lo primero advertir, que como fundamento legal para dilucidar este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, la cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, dispuso que,

"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."; información que "...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

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

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

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

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

De igual manera, la Alta Corporación, en sentencias **STL 59356-2020 y SL1689-2019**, en particular, en esta última con Radicado N° 65791, Mp Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, conceptuó:

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

No obstante, Porvenir S.A. no logró demostrar –como le correspondía– que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a Porvenir S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea."

Aterrizando en el sub examine, encontramos que el demandante manifestó que, al momento de efectuar el traslado, COLFONDOS S.A., faltó al deber de brindarle una información clara, precisa y concreta que le permitiera conocer las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional, así como tampoco le informaron que perdería los beneficios del régimen de transición, desmejorando ostensiblemente su derecho pensional.

Acorde a lo anterior, es claro que, la Administradora de Pensiones, estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se les indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fue acreditado que esa AFP haya cumplido con su deber de información en los términos enantes planteados, lo que nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado.

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que este no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación que incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a los

Fondos Pensionales de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

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

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019**; encontrando la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros.

Conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificarla en este sentido.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, así:

“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”.

Y, posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia 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".

De jurisprudencia trasuntada, se colige que es imprescriptible la oportunidad para solicitar la ineficacia del traslado de régimen, por tratarse de una controversia de índole pensional, asociada estrechamente al derecho en comento, por ende, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, sin que pueda incidir el momento en que los actores se pudieren haber enterado de la falta de información.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la vocera sustituta de COLPENSIONES frente a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, pues esta convocada se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, blandió medios exceptivos que no le prosperaron resultando vencida en la primera instancia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 10 de diciembre 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **JOSÉ ULISES GIRALDO BURGOS** contra **COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por haberse causado.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen, ordenando al A-quo remitir el proceso a quien estime ser el Juez competente para conocer sobre el derecho pensional deprecado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente**

Expediente N° 23 068 31 89 001 2020 00004 01 FOLIO 415-2020

Aprobado por Acta N° 31

Montería, nueve (09) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por Julián Vergara Marchan contra la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

- El demandante pide que se declare la existencia del contrato de trabajo entre él y la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel.
- Que se declare y condene a la accionada al reconocimiento y pago de dotaciones (calzado y vestido) de labor que no le fueron suministrados durante los últimos 10 años de servicios, desde la fecha de enero de 2009 hasta la presentación de la demanda.
- Que se declare y condene a la convocada al reconocimiento y pago de horas extra diurnas correspondientes a 522 días sábados, contados a partir del mes de octubre de 2008 hasta septiembre de 2018.

1.2. Los hechos

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

- Señala el demandante haber sido vinculado a la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel, mediante modalidad de contrato de trabajo escrito, en el cargo de celador, teniendo como fecha de inicio el 01 de septiembre de 2000 y ser actualmente trabajador activo, siempre devengando salario inferior a la suma de 2 SMLMV.
- Manifiesta que la demandada le adeuda actualmente prestación social correspondiente a dotaciones de vestuario más calzado y hora extra diurnas correspondiente a los días sábados.
- Precisa que goza de fuero sindical y que la condigna convención colectiva establece en su artículo 15, que la jornada ordinaria será de lunes a viernes sin exceder 40 horas, siendo que para la fecha septiembre 30 del 2018, el nuevo gerente se percató de la violación a la convención colectiva y le ordenó no laborar los días sábados, para así cumplir con lo establecido en la mentada convención.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel, ésta permaneció silente.

II. SENTENCIA APELADA

A la primera instancia se le puso fin con la sentencia de data 03 de diciembre de 2020, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre demandante y la accionada, el cual inició el 1ºseptiembre de 2000 y se encuentra aún vigente y, negó las demás pretensiones de la parte demandante.

Indicó el A Quo para fundamentar su decisión lo siguiente:

Que en la audiencia del art 77 CPT y SS., se declaró probado o se admitió por la demandada que, en efecto, el accionante es trabajador del hospital y está vinculado desde la fecha dicha, año 2000, en calidad de celador, a través de contrato de trabajo, es decir, ostenta la categoría de trabajador oficial. Que el vínculo laboral no fue objeto de debate.

Que respecto a las dotaciones reclamadas, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero, en razón a que dichas dotaciones tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato; que tampoco se invocó cláusula

extralegal con base en la cual se hubiese podido disponer la indemnización moratoria, por lo cual era necesario aportar elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por el actor como consecuencia del incumplimiento de la obligación y que en el caso en concreto se tiene que el propulsor no aportó con el genitor liquidación alguna en la que se especificara el valor de las dotaciones de calzado y vestido deprecados.

Destacó, además, el fallador que en la audiencia del art 77, verificada el 24 de septiembre de 2020, el juzgado se abstuvo de decretar el nombramiento de un perito para determinar las dotaciones pretendidas, siendo que nada le impedía a la parte convocante presentar dicho dictamen en el que se determinara el valor de las aludidas dotaciones. Que, a más de lo dicho, en este asunto no hay prueba suficiente y clara que diga que al precursor se le adeudan o no se le haya suministrado las dotaciones de calzado y vestido durante el tiempo que alega.

Sobre el pago de horas extras, se dice que el demandante goza de fuero sindical, empero, no hay una prueba en el expediente que evidencie que el mismo esté amparado por tal garantía. Igualmente, adujo el Juez singular que en este asunto no hay lugar a reconocimiento y pago de las mencionadas horas extras, pues no se acreditaron los presupuestos o exigencias establecidas en la norma para el pago de las mismas, primero porque están mal pedidas, al no especificar el número de ellas. Es de suyo necesario discriminar el valor de cada hora laborada por fuera de jornada ordinaria. Se dice 522 sábados, pero no se establece las horas. Las horas extras se deben probar conforme al art 162 del C.S.T.

Que si bien la parte demandante pretende probar el trabajo extra con los testimonios, no lo logró porque en primera instancia ellos dicen que sí veían al accionante trabajando un período de tiempo, pero no sabían cuántas horas trabajaba ni cuánto tiempo trabajó, queriendo ello decir que esto no llena las exigencias reclamadas por la Corte para implorar el pago con éxito de las susodichas horas extras.

En consecuencia, como no se logró probar, coligió el Juez que no queda otra que negar.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del accionante, interpuso recurso de apelación, reparando en lo siguiente:

Asevera la recurrente que el fallo desconoce los fundamentos facticos y jurídicos de la presente acción, al negar el reconocimiento de las dotaciones de calzado y vestuario, alegando que con la demanda no se aportó una liquidación o valoración a indemnizar.

Que el Juez como operador jurídico del proceso, tiene la facultad de decretar pruebas de oficio para garantizar el derecho sustancial, facultades extra y ultra petita que pregonan las normas laborales. Que en el sub lite, quedó fehacientemente demostrado que el accionante es trabajador oficial de la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel y que su salario no supera los 2 SMLMV, que su vinculación es activa, que la empleadora no entregó las dotaciones que le ordena la ley a los trabajadores. Que no se puede negar lo pretendido por falta de un formalismo, demostrando un exceso de ritualidad manifiesta, cuando pudo haber ordenado los cálculos de indemnización en forma oficiosa, tal como lo faculta la norma procesal laboral.

Que atañedero a los días sábados laborado, si bien, en principio no se aportó la convención colectiva, sí se hizo mención en la demanda y se solicitó prueba oficiosa, en primera audiencia; que el señor gerente de la E.S.E., alegó que en los archivos de la empresa, no reposaba copia de la convención por ser una relación entre trabajador y sindicato, situación que es contraria a la realidad, que sin embargo, ella como abogada del actor, arrió copia de la convención a través de correo institucional del Juzgado, el 1º de diciembre de 2020, para que fuera valorada por el despacho, lo que no hizo el juez al tomar la decisión definitiva.

Que tampoco valoró el testimonio del señor Elides Monterrosa, quien en forma clara y precisa expresó el no pago de dotación y calzado por parte de la E.S.E. y el desempeño del trabajador los días sábados, al igual que explicó la convención colectiva que los rige y que no le permite laborar los días sábados. Que se debe tener presente que ellos hablaron que trabajaba de lunes a viernes 8 horas diarias y que los días sábados también laboraban 8 horas, dando 48 horas semanales, excediéndose del límite de las horas contempladas en el art. 15 de la convención con el Departamento de Córdoba y las E.S.E.

Por lo anterior pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a lo pretendido.

IV. ALEGACIONES

En esta oportunidad, las partes permanecieron silentes.

V. CONSIDERACIONES:

1. Presupuestos procesales.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para ello, iniciase el estudio de la Litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos en el presente caso.

2. Problema jurídico.

El núcleo central de la controversia, se ciñe en determinar si erró el A Quo al negar lo relativo a las dotaciones y horas extras pretendidas.

3. Solución al problema jurídico

Sea lo primero puntualizar que, no existe duda de la relación laboral existente entre las partes y de la calidad de trabajador oficial que ostenta el demandante (Vid. sentencia SL3514-2020), por cuanto aquello quedó demostrado en primera instancia y no fue objeto de reproche.

Ahora, frente a las dotaciones de calzado y vestuario aduce la recurrente que, ante el silencio de la demandada, es claro el incumplimiento en suministrar las dotaciones y que no puede negarlas el Juzgador por falta de un formalismo cuando pudo haber ordenado los cálculos de indemnización en forma oficiosa.

Pues bien, ante lo anterior es de indicar por la Sala, no haber lugar a la condena solicitada en razón a que no allegó prueba de los perjuicios que aduce haber sufrido la parte actora como consecuencia del incumplimiento de esta obligación, en efecto, en sentencia SL2935-2019 M.P. DR. Donald José Dix Ponnetz, se reitera:

“En esos términos, correspondía al actor demostrar la naturaleza de los perjuicios o, el nexo que los mismos tenían con la falta de dotación por parte del empleador o, en su defecto, el valor de la dotación echada de menos a efectos de que fuese asimilada a una suerte de perjuicios irrogados por este último. Como no se dio ninguna de esas condiciones en el proceso la solicitud de condena no será atendida.”

Y, en igual sentido, cuando se duele la parte recurrente de la falta de prueba oficiosa, es válido traer a colación la sentencia SL3743-2019 M.P. Dr. Jorge Prada Sánchez:

“Ahora bien, cumple recordar que el Tribunal echó de menos la demostración de los perjuicios causados al trabajador por la no entrega de esta dotación en vigencia de la relación, razonamiento que acompasa por lo adocinado en sentencia CSJ SL5754-2014, según la cual, «de cara al incumplimiento de esta obligación (de dotación de calzado y vestido) por parte del empleador lo que se configura es el derecho a solicitar una indemnización por perjuicios que deben ser probados por quien los alega».

De esta suerte, lo que se vislumbra es que con este cargo, el recurrente pretende disculpar su propia inactividad en la gestión probatoria dentro de las instancias ordinarias del proceso, que se edifica sobre la premisa incorporada al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, según el cual, «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».”

Así que el hecho de que el A Quo no haya echado mano a su poder oficioso en materia de pruebas, frente a este reparo no encuentra la Sala que prospere reproche alguno ante la potestad autónoma que la ley predica del fallador, pues no puede soslayarse del compromiso y las oportunidades procesales para ello el actor, y la carga de la prueba que le corresponde, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto, la carga probatoria que le incumbe a las partes, dicha facultad es un deber que se impone al juzgador de decretar pruebas de oficio, para verificar previamente la verdad de los hechos debatidos por los litigantes, con miras a lograr una sentencia que haga efectiva la justicia material y, no exonera a las partes de la carga procesal de probar.

En igual sentido, esto se puede predicar con relación al reparo que aboga sobre los sábados laborados, pues, la convención colectiva en la cual se erige lo deprecado no fue aportada en la oportunidad procesal correspondiente con la nota de depósito para su valoración, amén, que hay que tener en cuenta que, corresponde al demandante cuando convoca a juicio al empleador pretendiendo el pago de salario por horas extras, precisar de manera clara en su demanda el número de horas extras laboradas, así como el número de los días de descanso obligatorio en los que laboró. Véase sentencia SL4930-2020 Mp. Dra. Ana María Muñoz Segura, en lo siguiente:

"Ahora bien, al margen de lo dicho, también la Corte ha sostenido en pacífica tesis que corresponde al demandante, precisar de manera clara en su demanda el número de horas extras laboradas, así como, el número de los días de descanso obligatorio en los que laboró (CSJ SL1994-2020; CSJ SL1058-2020; CSJ SL1573-2019; CSJ SL2931-2018; CSJ SL5716-2018; CSJ SL5707-2018; CSJ SL15014-2017; CSJ SL6738-2016; CSJ SL7578-2015). En sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, radicación 31637, reiterada en la sentencia CSJ SL15014-2017, señaló:

Con todo, juzga la Corte precisar que los documentos de folios 8 a 88, en primer lugar no tienen la suficiente vocación de acreditar, por sí solos, que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, en la cantidad allí establecida y, en segundo término, que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso.

Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que "Por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos" (folio 15, cuaderno 3), aserción que no pasa de ser una mera suposición o conjetura.

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

En igual sentido, en la providencia CSJ SL6738-2016, reiterada en la sentencia CSJ SL1994-2020, sostuvo:

Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.”

Igualmente, es necesario demostrar la real y efectiva prestación del servicio de horas extras para que proceda el reconocimiento, pues el juzgador no debe hacer cálculos, ni suposiciones, sobre su existencia y la consolidación de los derechos que de allí emanen (sentencia SL 4643-2020 M.P. DR. JORGE PRADA SÁNCHEZ).

Todo lo anterior basta para confirmar la sentencia de primera instancia al no encontrar yerro en lo discurrido por el A Quo. Sin condenar en costas en esta instancia, por no encontrarse causadas.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por Julián Vergara Marchan contra la E.S.E. Hospital San Jorge de Ayapel.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORDA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado