

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-002-2020-00170-01 - FOLIO 156-21**

MONTERÍA, TREINTA (30) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 27 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por WILBER ANTONIO IZQUIERDO BORJA contra LOS CACHARREROS PAISAS SAS.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora WILBER ANTONIO IZQUIERDO BORJA, se declare la existencia de contrato laboral a término indefinido entre él y los CACHARREROS PAISAS SAS, desde el día 2 de enero de 2018 hasta el día 4 de mayo de 2019, el cual terminó sin justa causa. Se declare que la parte demandada no consignó el auxilio de cesantías del año 2018 en un fondo de cesantías, así mismo que incumplió el pago del auxilio de cesantías, primas de servicios, intereses de cesantías y vacaciones a la terminación del contrato de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, se condene a pagar las prestaciones sociales, indemnización por despido injustificado, indemnización moratoria, la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990, los aportes al sistema de seguridad social integral, dotaciones, costas y agencias.

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

- Que el 2 de enero de 2018 suscribió un contrato de trabajo escrito, a término indefinido, con los CACHARREROS PAISAS SAS, a fin de desempeñar las labores de JEFE DE

PERSONAL, en un horario de 7am a 7pm, de lunes a sábados, bajo las ordenes y supervisión de su empleador

-El último salario que devengó durante la relación laboral fue de \$955.968 mensuales, pagaderos quincenalmente, en su respectiva proporción.

-Que el 4 de mayo de 2019, por medio de documento escrito, la demandada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa.

- Al momento de terminación del contrato de trabajo no le cancelaron las respectivas prestaciones sociales como cesantías, intereses de cesantías y primas de servicios, el auxilio de cesantías del año 2018 no se le consignó en un fondo destinado para al fin, no le otorgaron vacaciones ni se le proporcionó dotaciones durante la relación laboral y los aportes al Régimen de Seguridad Social Integral no se realizaron con el salario que verdaderamente devengaba el accionante.

-Al momento de la presentación de la demanda aún se adeuda la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la accionada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de *pago de no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas y mala fe.*

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

III SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado declara que entre el señor WILBER ANTONIO IZQUIERDO BORJA y la sociedad demandada LOS CACHARREROS PAISAS SAS, existió un contrato laboral indefinido desde el día 02 de enero del año 2018 al 04 de mayo de 2019, el cual feneció sin justa causa, atendiendo que la sociedad demandada no demostró la justa causa de su terminación, como consecuencia procede a dar aplicación de artículo 64 del CST.

Luego, condena pagar a favor del demandante WILBER ANTONIO IZQUIERDO BORJA, la diferencia en las cotizaciones a pensión de los meses de marzo y mayo de 2019, la cual

deberá realizaren el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado o en el que él elija, previo calculo actuarial que realice dicho fondo, teniendo en cuenta como IBC de marzo de 2019 el de \$929.382 y de mayo de 2019 el de \$955.968.

Precisó que, en cuanto a las dotaciones, la parte accionada omitió solicitar la prueba pericial a fin de sacar a flote dicha prestación, por lo cual se absuelve por este concepto, y en lugar condenó a la sociedad demandada al pago de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, atendiendo a que el pago de las prestaciones fue realizado de forma posterior a la terminación del contrato y precisa que, como no observa que la accionada haya notificado al actor del pago por consignación realizado será procedente hasta el día 29 de mayo de 2019, fecha en la que realizó la demandada dicho pago; indicó que, como el pago fue superior a la liquidación realizada en sede judicial, la sanción corresponde a un valor de \$828.506.

Declara parcialmente probadas las excepciones de pago de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas, y no probada la de mala fe propuesta por la accionada. Se absolvió a la parte demandada de las demás pretensiones, sin costas en esa instancia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante muestra inconformidad con los numerales 1, 3 y 4 de la parte resolutive, y se duele de que el juez basa su sentencia en varios sentidos, primero, frente a las prestaciones sociales, abona el valor que excede la liquidación del año 2018 a las cesantías de 2019, lo que considera inaudito por cuanto nuestra legislación por ningún lado permite hacer adelanto a la cesantía, es más, el pago parcial de las cesantías se tiene regido por una norma de orden público, por tanto, considera mal hizo el fallador en realizar un abono a unas cesantías del año 2019, igual suerte corren las primas y los intereses.

Indica que en ninguna parte del plenario la parte demandada aporta los conceptos que contiene la liquidación del año 2019, razón por la cual las cesantías, intereses y las primas de 2018 son una cuestión aparte a las del año 2019, por tanto, no hay un pago parcial.

Plantea que, si al día de la sentencia aún al actor no ha sido notificado de ningún pago, tal como el fallador de instancia lo dice en la sentencia que trajo a colación, entonces considera hay contradicción de la parte considerativa con la resolutive, pues el precedente jurisprudencial citado señala el camino para que un pago por consignación sea válido, que en este evento no se cumplió, solamente se realizó una consignación en el banco agrario, el demandante hoy en día no sabe dónde está el dinero, ni en que despacho, no se le ha notificado, razón por la cual no ha recibido el pago de su liquidación.

En ese orden, sostiene debe revocarse el pago parcial de la obligación porque no ha existido pago alguno de las prestaciones sociales del año 2019, en cuanto a las dotaciones solo se entregaron en el año 2018, amén de que no se puede eximir de la sanción moratoria del 24 de mayo en adelante porque supuestamente hubo una consignación, pero que, a su sentir, no cumplió con los requisitos establecidos por el Máximo Órgano de cierre de la especialidad laboral. Como consecuencia, no se avizora buena fe alguna de la parte accionada.

Concluye solicitando se revoquen los numerales 1,3 y 5 de la sentencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, la parte demandante, a través de su apoderado, esgrimió los siguientes argumentos:

“FRENTE AL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DEL AÑO 2019: No comparto el planteamiento del despacho habida cuenta, que está más que demostrado, que dichas prestaciones al momento mismo de terminar el contrato de trabajo, como son cesantías, intereses a cesantías, primas de servicio, no fueron canceladas, la misma accionada en la contestación y con las pruebas aportadas, dan cuenta que dichas prestaciones se consignaron en una cuenta de depósito judicial, por tanto, no puede indicar el despacho que las prestaciones de 2018 se cancelaron por un supuesto mayor valor y que por ello no condena al pago de las prestaciones del año 2019, es decir, bajo ningún entendido, puede imputar el despacho adelanto de un año para otro de prestaciones sociales, es decir, él indica que en el año 2018 se le abonaron como quien dice a las prestaciones sociales del 2019, eso es inaudito, jamás visto en el derecho laboral, por ende, se debió declarar el derecho al demandante sobre las prestaciones sociales del año 2019, más aún cuando no aporta la accionada documento alguno que acredite los valores que se tuvieron en cuenta para cancelar las del año 2018 y menos aún las de 2019. ¿Usted cree señora Magistrada que la entidad accionada teniendo paga dichas prestaciones, iba a realizar una consignación de las mismas?

FRENTE AL PAGO POR CONSIGNACIÓN: Indica el a quo que tiene validez la consignación de prestaciones sociales realizada por el accionado a favor del accionante, ante lo cual discrepo totalmente por lo siguiente, llevándonos hacer estos interrogantes que son vitalmente valiosos para desatar esta situación:

¿Qué prestaciones sociales se adeudaban al momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es, mayo 4 de 2019?. Rta/ Las prestaciones sociales del año 2019.

¿Le entregaron directamente o en su cuenta bancaria las prestaciones sociales del año 2019 al trabajador al momento de la terminación de la relación laboral? Rta/ No.

(...)

FRENTE A LA SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 C.S.T.: El juez de conocimiento en un pronunciamiento muy corto, huérfano de explicaciones fácticas y jurídicas respecto a esta indemnización se limita solamente a imponerla desde el día siguiente de la terminación hasta el día que se produjo la consignación en el banco Agrario de las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto

No comparto la apreciación tan limitada que el juez de conocimiento, ya que como se ha explicado anteriormente, aun al día de hoy de presentación de estos alegatos, no se ha

producido el pago de las prestaciones sociales del año 2019, no ha podido disfrutar mi representado de dichas prestaciones, por la sencilla razón que ni el demandado sabe dónde están dichos dineros, por la potísima razón que jamás y nunca han sido colocados a disposición de despacho judicial alguno.

La sola consignación de las prestaciones sociales no releva de la imposición de la sanción moratoria y así lo ha dicho nuestro máximo tribunal de cierre laboral, al indicar lo siguiente en la sentencia 66210 del 10 de septiembre de 2019 con ponencia del magistrado Omar Restrepo Ochoa, señaló:

«Así las cosas, no se observa error de hecho, al menos no evidente, por parte del tribunal, al concluir que (...) no actuó de buena fe, pues pese a quedar demostrado que procedió a consignar la liquidación de prestaciones sociales a través de depósito judicial, no lo radicó en la Oficina de Depósitos Judiciales de la Rama Judicial, por tal razón, el demandante no pudo hacer efectivo dicho pago; además de que, se repite, ello solo fue un pago parcial.»

Así las cosas, señora Magistrada, nos hacemos los siguientes interrogantes:

¿Con base en lo dispuesto por la jurisprudencia, entonces desde cuándo y hasta cuando se debió aplicar la sanción moratoria del artículo 65 CST?. Rta/ Teniendo en cuenta que la consignación de las prestaciones del año 2019, realizada en el banco Agrario, no cumplió con su finalidad, debe concederse la indemnización, desde el día 5 de mayo de 2019, hasta que se verifique el pago total de la obligación, ya que se reitera, hasta el día de hoy no se ha producido pago alguno.

Es de suma importancia, indicar que el señor de primera instancia declaró como NO probada la excepción de buena fe, razón por lo cual se infiere que la accionada actuó de mala fe, razón mas que plausible, para que se imponga la respectiva sanción moratoria.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si erró el fallador de primera instancia al declarar probada las excepciones de inexistencia de la obligación y pago de lo no debido, luego de liquidar las acreencias laborales reclamadas y concluir que existía un pago en exceso por la parte demandada **(ii)** si el pago de las prestaciones sociales efectuadas por el accionado a través de consignación judicial, interrumpe la sanción moratoria desde el momento en que fue realizado.

6.3 Para efectos de despejar el primer problema jurídico es menester remitirnos a las actuaciones surtidas dentro del proceso en primera instancia, especialmente la primera audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación

del litigio y decreto de pruebas, por cuanto dentro de ella, al momento de fijar el litigio, el fallador de primera instancia precisó los hechos en los cuales estaban de acuerdo los sujetos procesales y que por tanto tendría como probados, señalando que no había discusión en cuanto a que el último salario devengado por el actor ascendió a la suma de \$955.968,00, además de que no existía discusión en cuanto al despido injustificado de que fue objeto el demandante.

No obstante lo anterior, llama la atención de la Sala que al momento de proferir sentencia de primera instancia dentro de la segunda audiencia de trámite, la cual se realizó inmediatamente concluida la anterior, al entrar a examinar la procedencia de la condenas invocadas por concepto de prestaciones sociales, al 2:26:52 minutos, específicamente al referirse a las prestaciones sociales, argumentó que de acuerdo con las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, el salario devengado para el año 2019 sería del \$758.099,00; sin embargo -sostuvo- los IBC reportados daban cuenta de un salario de \$892.042,00 para esa misma anualidad; pero luego precisó que el mismo accionado confesó la remuneración era de \$955.968,00 y por tanto, sería este último salario el que tomaría el despacho para la liquidación de las prestaciones.

Ello se trae a colación, entre otra cosas, porque la parte actora en el recurso de alzada se duele del salario tomado por el A-Quo, argumentando que pasó por alto que dentro del expediente reposa un documento que da cuenta de la liquidación de vacaciones donde se consignó como salario promedio mensual que sirvió de base de liquidación de las mismas, la suma de \$1'360.000,00; y, en efecto, examinadas las pruebas aportadas al plenario, se evidencia la liquidación de vacaciones concedidas y disfrutadas del 3 de abril de 2019 al 22 de abril de 2019, y en ella claramente se detalla que fueron liquidadas con un salario base de \$1'360.000. Sin embargo, ello no conlleva reparo alguno a la conclusión del juzgador de primera instancia cuando decidió, desde la primera audiencia de trámite y al momento de fijar el litigio, tener por probado que el último salario devengado por el demandante ascendía a la suma de \$955.968,00, por haberlo precisado y aceptado así los sujetos procesales en la demanda y su contestación y por ende, era asunto que automáticamente quedaba por fuera del debate procesal, precisamente al tenerse por probado, argumento sobre el cual -dicho sea de paso- el apoderado de la parte demandante no planteó inconformidad en ese momento y por ello precluyó la oportunidad para reabrir un debate que había quedado concluido.

Esclarecido entonces el salario que debe tomarse para efectos de liquidar prestaciones sociales, pasemos a examinar, una a una, las acreencias reclamadas y de las cuales se exoneró de pago a la demandada, a fin de determinar si erró o no el fallador de primera instancia.

Indicó el fallador de primera instancia frente a las cesantías, se evidenciaba prueba documental que daba cuenta de una consignación a las mismas realizada a un fondo de cesantías, por la suma de \$1'200.000, suma que superaba el valor obtenido de la liquidación efectuada por el despacho por tal concepto.

Pues bien, al remitirnos a las pruebas documentales obrante al expediente se observa a folios 14 a 16 planilla de consignación de cesantías realizada por la accionada al Fondo Nacional del Ahorro, y relación de los trabajadores favorecidos con la misma, entre ellas se detalla el nombre del demandante a quien se le consignó la suma de \$1'280.000,00; sin embargo, basta examinar la planilla de pago para evidenciar que el sello del banco impuesto en ella, da cuenta que el recaudo fue realizado el 13 de febrero de 2019, lo que a todas luces lleva a concluir que no es posible dicha consignación corresponda a las cesantías del año 2019 por cuanto para la fecha ni siquiera éstas se habían causado, amén de que la Ley 50 de 1990 prevé el plazo para consignar las cesantías en los fondos será hasta el 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron y la misma planilla trae impreso un recuadro donde claramente se extrae el período corresponde al año 2018.

Acorde con lo anterior, resulta errada la apreciación del A-Quo al indicar que habían sido consignadas las cesantías del año 2019, pero así mismo hay que destacar con la citada prueba queda al descubierto que, contrario a lo planteado por la parte demandante en el libelo introductorio y en el recurso, las cesantías del año 2018 si fueron debidamente consignadas en un fondo.

Por otra parte, se indicó en la sentencia atacada que se encontraba acreditado un pago de vacaciones realizado por la accionada en la suma de \$907.000,00, y que como esa suma superaba la obtenida de la liquidación efectuada por el despacho, que era de \$554.175,00, se absolvió por este concepto; no obstante, el remitirnos nuevamente a las pruebas documentales detallamos que a folio 13 del plenario en efecto, aparece la referida liquidación, en la cual se anotó como fecha de salida a vacaciones el 3 de abril de 2019 y regreso el 23 de abril de 2019, pero en el mismo documento se indica que el período de las vacaciones corresponde al año 2018, por lo que se debe concluir que realmente el período liquidado corresponde al año 2018, que fue disfrutado por el trabajador en el lapso de tiempo señalado del mes de abril de 2019, ello por cuanto las vacaciones se causan vencido el año de labores.

En ese sentido se dispuso en la providencia atacada estaba acreditado el pago de las primas a folios 11 y 12 por la suma de \$990.000,00, destacándose que como de la liquidación efectuada por el despacho el valor total adeudado ascendía a \$1'108.350,00, el accionado adeudaba un saldo de \$118.350,00; no obstante hay que destacar que basta remitirnos a los

folios 10 y 11 del expediente, para percatarnos que los pagos corresponden a las primas semestrales de junio y diciembre de 2018, cada una por la suma de \$ 495.000,00.

Lo anterior llevo al A-Quo a concluir que la parte accionada solo adeudaba al demandante la indemnización por despido injusto, que dicho sea de paso fue liquidada por la suma de \$1'172.654,00, intereses a las cesantías por valor de \$106.839,00 y un saldo de prima de servicio por la suma de \$118.350,00, para un total adeudado de \$1'397.843,00; pero así mismo concluyó que como se había realizado un pago por consignación en el valor total de \$1'946.000,00, había un pago en exceso a favor del demandante.

Cierto es que existe el pago efectuado a través de consignación en el Banco Agrario el 29 de mayo de 2019, pero como se indicó al confrontar las pruebas, no es cierto que hubiese pago de cesantías, vacaciones, primas de servicio e intereses por el lapso del año 2019, por lo que se procederá a realizar la liquidación de las citadas acreencias por el lapso comprendido del 1° de mayo de 2019 al 4 de mayo de 2019, es decir, un total de 124 días laborados en esa anualidad y tomando como salario la suma de \$955.968,00 que tuvo por probado el despacho, lo que nos arroja las siguientes sumas:

Cesantías: \$329.278,00

Intereses a las cesantías: \$13.610,00

Prima de servicios: \$329.278,00

Vacaciones: \$162.514 (corresponden a 5.1 día de vacaciones)

Total: \$834.680,00

Si a lo anterior sumamos la indemnización por despido injustificado por la suma de \$1'172.654,00, tendríamos que lo adeudado al actor asciende a la suma de \$2'007.334.

Ahora bien, acreditada como está en el plenario la consignación judicial que hiciera el accionado a favor del demandante por concepto de prestaciones sociales, no podría desconocerse la misma como lo solicita la parte actora e imponerse condena por la suma total obtenida de la liquidación bajo el argumento de que no le fue notificado al demandante, pues ello conllevaría a imponer un doble pago dado que el dinero ya se encuentra a disposición del actor pero se ha retrasado su entrega por la omisión de información del juzgado donde se encuentra, lo que realmente podría generar como consecuencia, una sanción por retardo en el pago.

Así las cosas, tomado el valor adeudado de la liquidación efectuada por la Sala, que lo es \$2'007.334, al restarle la suma consignada el 29 de mayo de 2019 de \$1'946.000,00, se concluye que lo adeudado al actor asciende a un total de **\$61.334,00**, suma por la que se

impondrà condena y por tanto conlleva a revocar los numerales primero y quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada para en su lugar declarar no probada las excepciones de inexistencia de la obligación y pago de lo no debido e imponer la condena por la suma adeudada.

6.4. Queda a la Sala por determinar si errò el juez de primera instancia al imponer la sanción moratoria a cargo del accionado hasta la fecha en que èste realizó el pago por consignación de las acreencias laborales que adeudaba al accionante, que lo fue el 29 de mayo de 2019, lo que nos lleva a recalcar no entrerà la Sala a examinar si el actuar del accionado estuvo revestido de buena fe, por cuanto la parte sancionada no mostro reparo con esa condena.

No se discute el tan mencionado pago por consignación pues como ya lo expusimos, está debidamente acreditado, pero asì mismo brilla por su ausencia prueba alguna de que el extrabajador -hoy demandante- hubiera sido notificado del mismo, requisito que se torna obligatorio para liberar al empleador de la sanción por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, acorde con lo expuesto en la sentencia SL 5006 del 3 de noviembre de 2021, MP Jorge Prada Sànchez donde se precisò:

“Ahora bien; es cierto que la notificación o comunicación sobre el depósito de salarios y prestaciones sociales adeudadas, es un paso que debe surtirse en el marco del pago por consignación, al cual aluden los artículos 1656 a 1665 del Código Civil. Así se ha adoctrinado desde la sentencia CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 28090, reiterada en las providencias CSJ SL4400-2014 y CSJ SL7391-2016, en donde la Corte explicó que para que dicho pago pueda tener efectos liberatorios, es obligación del empleador «notificarle o hacerle saber (al trabajador) de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo».

Volviendo al caso bajo estudio, encuentra la Sala que no se demostró por la parte accionada que hubiera dado a conocer al actor el pago por consignación y menos aún el juzgado donde pudiera reclamar el título judicial a fin de acceder al dinero, lo que torna imposible liberarlo de la sanción moratoria a partir de la fecha de la consignación como se dispuso en la sentencia apelada. No obstante, dentro de este proceso ha sido puesto de presente el pago efectuado por consignación, es indudable que ya ha sido notificado del mismo el demandante y por ello, se dispondrá el pago de la sanción moratoria hasta la fecha de esta sentencia, atendiendo lo sostenido en la sentencia arriba citada (SL 5006 de 2021) al estudiar un caso de similares características:

“Sin embargo, ese trámite especial no corresponde a la hipótesis que se ventila en la presente actuación, en la medida en que el depósito judicial se efectuó en el marco de este proceso ordinario. De esta suerte, con la incorporación al expediente de los documentos de folios 249 y 250, la constitución del depósito judicial quedó a la vista de las partes del litigio. De ahí que no resulte procedente hablar de un desconocimiento del demandante, de las

actuaciones del demandado en esa materia; con mayor razón, si la revisión del expediente es una facultad general e irrestricta de aquel, bien sea directamente o a través de su apoderado, en los términos del artículo 127 del entonces Código de Procedimiento Civil, hoy recogido en el 123 del Código General del Proceso”.

Acorde con lo expuesto se modificarà el numeral tercero de la sentencia apelada y en su lugar se impondrà condena por concepto de sanción moratoria a cargo del accionado en la suma de \$22'943.232,00 que corresponden a los 24 meses posteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, del 4 de mayo de 2019 al 4 de mayo de 2021 liquidados sobre un salario diario de \$31.865,6, atendiendo el último salario devengado por el actor que, como ya se expuso, fue de \$955.968,00, superior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2019; a partir del mes 25, es decir del 5 de mayo de 2021 y hasta la fecha de esta sentencia, deberá el accionado pagar al actor intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Sobre ello es oportuno citar lo expuesto en la SL4663-2021:

“Por tanto, como el contrato de trabajo terminó el 17 de marzo de 2014, en vigencia de la modificación introducida al artículo 65 del CST por el 29 de la Ley 789 de 2002; el último salario del actor es superior al mínimo (\$3.177.179,00) f.º 397 del expediente y aquél presentó la demanda el 3 de marzo de 2016, la sanción equivale a un día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses y, con posterioridad, a los «intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique», como se ha explicado por ejemplo en la sentencia CSJ SL2966-2018.

6.5. Costas.

No se impondrán costas en esta instancia por cuanto no se causaron, la decisión tomada en primera instancia sobre este tópico no fue atacada por el apelante.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia apelada y en consecuencia declarar NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y pago de lo no debido.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia atacada y en su lugar condenar al pago de sanción moratoria a cargo del accionado en la suma de \$22'943.232,00 que corresponden a los 24 meses posteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, del 4 de mayo de 2019 al 4 de mayo de 2021, y a partir del mes 25, es decir del 5 de mayo de 2021 y hasta la fecha de esta sentencia, deberá el accionado pagar al actor intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

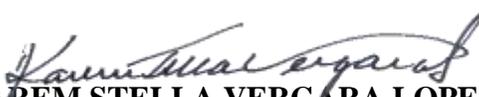
TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar condenar al accionada a pagar la suma faltante por concepto de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas en el año 2019, por un valor total de **\$61.334,00,**

CUARTO: Sin Costas en esta instancia.

QUINTO: Confirmar la sentencia en todo lo demás.

SEXTO: 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° 23-001-31-05-005-2020-00190-01 FOLIO 214-2021**

Montería, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION contra la sentencia pronunciada en audiencia del 09 junio de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUISA MARIA PITALUA OTERO, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora LUISA MARIA PITALUA OTERO, 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, efectuado el 1° diciembre de 2000. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PROTECCION 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 administrado por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas y se condene extra y ultra petita.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-La señora LUISA MARIA PITALUA OTERO a partir del 26 de octubre de 1988 se vinculó laboralmente con el empleador CESAR AUGUSTO VALLE, mediante la cual se afilió al REGIMEN DE PRIMA MEDIA en pensiones administrado en ese momento por el extinto I.S.S, hoy por COLPENSIONES.

-En el mes de diciembre de 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, afiliándose a PROTECCION S.A.

-En la fecha que consolidó su traslado al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, por conducto PROTECCION S.A, esta sociedad 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.

- PROTECCION S.A. al momento de la afiliación de la señora LUISA MARIA PITALUA TAMARA, no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna; no le suministraron información documentada relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS.

- El 5 de noviembre de 2020 la actora solicitó una proyección de mesada pensional por el portal web de PROTECCION S.A, siendo informada por dicho fondo que el monto de su mesada pensional sería un (1) salario mínimo legal mensual vigente, y debía cotizar 2 años y 4 meses más.

- Que el día 5 de octubre de 2020 la demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, siendo negada en esa misma data por esta entidad 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. PROTECCION propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, buena fe y prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.*

PROTECCION S.A. además propuso la excepción previa de “*no contener la demanda todos los listis consorte necesario*”, solicitando se convoque al proceso a COLFONDOS.

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, innominada o genérica.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primera se vinculó al proceso a COLFONDOS S.A., que se allanó a las pretensiones de la demanda, y en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante ateniendo que COLFONDOS aceptó no haber brindado una explicación sobre el traslado de régimen de forma clara, precisa, características, consecuencias, etc. Como consecuencia de esa falta de información, se da la ineficacia de ese traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definitiva, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al AFP COLFONDOS S.A que representaría al RAIS régimen de ahorro individual con solidaridad. Dispuso el A-Quo quedaría sin efectos el traslado entre AFP que hizo COLFONDOS a PROTECCION, siendo PROTECCIÓN S.A la última entidad a la cual se encuentra la demandante afiliada actualmente. Por lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A devuelva a COLPENSIONES

durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron a la accionante y lo demás emolumentos; en cuanto a PROTECCIÓN, por ser la última entidad en la cual se encuentra afiliada, deberá devolver a COLPENSIONES todos los aportes que tenga en la cuenta individual, bonos pensionales, gastos de administración con rendimiento financiero y demás; frente a COLPENSIONES, indicó la actora conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definitiva como si nada hubiera ocurrido. COLPENSIONES no podrá obstaculizar para tenerla como afiliada y quedará habilitada administrativa y judicialmente para reclamar de las dos entidades mencionadas lo que el despacho ordene en devolver o reintegrar. Asimismo, PROTECCIÓN deberá devolver su historial laboral a COLPENSIONES para cuando acceda o quiera reclamar un derecho en esta entidad.

Declaró no probadas las excepciones de prescripción y demás propuestas por la parte demandada. Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PROTECCION

Arguye que Protección S.A en este caso es un tercero de buena fe, por lo que no tiene que sufrir consecuencias negativas de declaratoria de un traslado en que no participó, así como la condena de devolver gastos de administración como una sanción para la administradora de fondo de pensiones; no tendría Protección S.A que sufrir ningún tipo de sanción toda vez que no participó en el acto de traslado y que actuó cobijado por la presunción de legalidad y de eficacia de los actos jurídicos. Además, no existe una coherencia jurídica en la condena en devolver gastos de administración, atendiendo que se trata un contrato de tracto sucesivo por el cual el acto de afiliación a Protección S.A se dio a través de un traslado de AFP y este contrato de tracto sucesivo el efecto de la declaratoria de ineficacia es la terminación del contrato desde el tiempo que viene, porque la ejecución de este contrato implicó unas actuaciones humanas que es imposible de devolver la administración por actuación humana por parte de fondos, además dio unos frutos civiles, pero volver las cosas al estado anterior significaría que desaparecería los gastos de administración y por eso tocara devolverlos, pero al desaparecer los gastos de administración también desapareciera los frutos civiles, pero como el efecto, la terminación del contrato debe devolverse los dineros junto con su rendimiento financiero, además, por sostenibilidad del sistema.

Por tanto -añade- si entendemos que el contrato termina en este punto, producto de una declaratoria de ineficacia y que por tanto se tiene unos rendimientos financieros, estamos entendiendo también que se genera unos gastos de administración, pero no existe un rendimiento financiero sin gastos de administración, entonces por lo que devolver ambos dineros es un contrasentido, no puede ser entendido ni siquiera por una sanción, porque este tipo de sanciones solo tendría que tenerse en cuenta como una norma, que no existe en este caso, por tanto solicita se revoque el fallo de primera instancia en cuanto a la devolución de gastos de administración.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que intervienen, no es Colpensiones sino tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, se vio afectado por los alcances de la declaratoria de ineficacia de traslado efectuado por la demandante. Se logra establecer que en el acto de traslado por la actora la administradora no interviene en ningún momento, no promovió ni participó en el traslado de régimen efectuado por la señora LUISA MARIA PITALUA, de manera que Colpensiones siempre fue un tercero en esa circunstancia.

Concluye que, no se puede pretender traslado a Régimen de Prima Media cuando la demandante se encuentra afiliada válidamente a Protección, además la señora Luisa Pitalua tuvo la oportunidad en caso de no haber estado conforme con su afiliación o traslado, tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de retracto, entonces lleva a pensar que este tiempo en que estuvo afiliada a dicho régimen estuvo a gusto con todas las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por el fondo de pensión Protección. La afiliada no puede trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para obtener el derecho a la pensión de vejez, y la accionante presentó solicitud de traslado cuando está próxima a cumplir los requisitos para acceder a una pensión de vejez. Solicita que se absuelva en imposición de condena de costas en consideración que no participó y fue un tercero ajeno en el traslado controvertido.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

*“Así las cosas, 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 asesoro o brindo información, no intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la señora **LUISA MARIA PITALUA TAMARA**, 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 gozo de plena validez, toda vez que no se evidencio ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, el cual se produjo de manera libre y voluntaria.*

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

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por el demandante en su día del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, gozó de plena validez, siendo el afiliado totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliado durante tanto tiempo al régimen de ahorro individual 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, dado 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 existencia 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 del algún vicio que afectara el consentimiento del actor al momento de afiliarse al RAIS.

*Al día de hoy a la señora **LUISA MARIA PITALUA TAMARA**, 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 en diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.*

(...)

Con base a lo expuesto y una vez analizadas las pruebas documentales militantes en el expediente de la referencia, se logra inferir que la demandante, al 1 de abril de 1994, no reunía los requisitos expuestos en la normatividad para ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que a la fecha no le es dable por mandato legal trasladarse de régimen, aunado a lo anterior, con la providencia objeto de alzada se desconocen sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado, como las C 1024 de 2004 y C 625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

En relación a la condena en costas impuestas, solicito se absuelva a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, de la imposición de las mismas, en atención que Colpensiones no tuvo implicación alguna en el acto de traslado objeto de controversia, fue ajena a dicho negocio jurídico, así mismo en el curso del proceso siempre actuó bajo los principios de la buena fe”.

5.2. ALEGATOS PROTECCION S.A

“Además es evidente de la lectura de la demanda que lo pretendido es que no se le aplique la consecuencia de una norma jurídica como es la variación en las condiciones pensionales frente al RPMPD, lo que por definición constituye un error de derecho, el cual conforme el artículo 1509 el código civil (aplicable a este caso por remisión) no vicia el consentimiento y mucho menos podría tornarlo ineficaz, toda vez que si es un consentimiento dado válidamente debería generar todos los efectos y tampoco se puede perder de vista que los derechos que se puedan desprender del acto de afiliación realizado en 2004 se encuentran prescritos conforme el artículo 151 del C.P.T. y 488 del C.S.T., pues no obstante lo manifestado por la H. Corte suprema de Justicia, este no es un proceso pensional sino el que decide los efectos jurídicos de un acto.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso en que 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 S.A. 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 S.A. 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..

En término de lo expuesto les pido señores magistrados no confirmar lo relativo a la orden de devolver los gastos de administración.

Igualmente se pide revocar lo relativo a los gastos destinados al seguro previsional 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.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera:

«De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. “...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que ‘obrando con cuidado y previsión’ se atuvieron a lo que ‘entendieron o pudieron entender’, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

Además, los eventos estuvieron debidamente amparados y habrían sido pagados estos dineros en ambos regímenes conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Es un contrato de ejecución sucesiva por lo que debe en este sentido también tenerse en cuenta lo anteriormente dicho al respecto”.

5.3. ALEGATOS DEMANDANTE

“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.

De este tema también ha doctrinado nuestra HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL en una larga trayectoria jurisprudencial sobre este tópico, que data desde el año 2008, cuando esta corporación emitió la sentencia hito con ponencia del M.P. Eduardo López Villegas de fecha 9 de septiembre de 2008, Expediente 31989, así como también más tarde promulgo la Sentencia SL12136-2014 Radicación N° 46292, MP Elsy del Pilar Cuello Calderón, las cuales han sido enfáticas en disponer que la falta de información al momento de efectuar un cambio de régimen pensional dicha afiliación queda sin efecto, así mismo ha dispuesto que en estos casos la carga la prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, las cuales tienen el deber de demostrar que en verdad le suministraron la información de manera documental, caso contrario debe declararse la ineficacia de ese traslado con todas las consecuencias que ello trae, es decir, el traslado de todos los aportes hechos en vigencia de la afiliación al RAIS, más los rendimientos financieros con destino al régimen de prima media.

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, pue 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 brindo esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, por lo cual es acertada la decisión del a-quo de decretar la ineficacia del traslado pensional del actor, y debe confirmarse la sentencia.”

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* sí 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 COLFONDOS en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. *(iii)* Si opera la prescripción de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación.

6.3. Nulidad y/o ineficacia 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, 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.”* 1

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 es pertinente 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

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

(...)

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

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por la AFP COLFONDOS, se indica que la señora MARIA LUISA TAMARA PITALUA efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, el 29 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1994.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP COLFONDOS aceptó no haber dado información documental a la accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado así como el capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, por tanto, ha de concluirse que la AFP COLFONDOS no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso

ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

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

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

(...)

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

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

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

dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

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

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que la demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de la AFP COLFONDOS a la AFP PROTECCION- que realizó el 1° de diciembre de 2000, con efectividad a partir del mes de febrero de 2001, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la demandante al RAIS, sin importar que hayan -o no- participado en el acto de afiliación inicial, pues la ineficacia implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5686-2021, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ que:

“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos

jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados.

Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente. Es decir que, aún en estos casos, la transgresión de la ley por parte de las entidades administradoras puede generar consecuencias jurídicas.

Ahora, debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigeradora los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo que estuvo afiliada la señora LUISA MARÍA PITALUA TAMARA, el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta AFP, desde septiembre de primero (1) de 1994 a noviembre de 2000.

Sobre este tópico sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido

de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...)”

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 esas administradoras intervinieran 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.

Proponen los accionados la excepción de prescripción, la que no está llamada a prosperar atendiendo lo expuesto en la SL-1689 del 201, M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

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

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PROTECCION, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

“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 cubija 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”.

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas COLPENSIONES y PROTECCION en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PROTECCION se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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 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.

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,

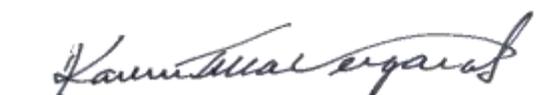
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 003 2019 00429 03

Folio 372

A los treinta (30) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha octubre 04 de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 003 2019 00429 03 Folio 372 - 21** promovido por **REMBERTO MIGUEL AVILA AVILA**, contra **AGROCHIGUIRO S.A.S.**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación sobre el asunto, como consta en el Acta No. XX de discusión de proyectos, acogió el presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, el señor REMBERTO MIGUEL AVILA, presentó demanda ordinaria laboral, contra la empresa Bananera de carácter privado, AGROCHIGUIRO S.A.S., a fin de que se declare que entre estos dos existió una relación laboral desde el 01 de mayo de 1989 hasta el día 30 de diciembre de 1996, sin interrupción alguna.

En consecuencia, solicita se condene a la parte demandada al pago de los aportes de la seguridad social, esto es salud, pensión y ARL, en relación al tiempo de la relación laboral mencionado anteriormente, asimismo, de conformidad con los poderes ultra y extra petita, se condene en aquellas sumas y conceptos laborales que se hallaren probados, tal como condenar a sumas mayores no solicitadas en la demanda y que le corresponda, en concordancia con el artículo 50 del CPTSS; asimismo se condene al pago de indexaciones de las sumas que se llegaren a conceder en la sentencia, al pago de intereses moratorios de los dineros dejados de cancelar por el empleador, y por último, que se condene en costas y agencias en Derecho.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Aduce el actor que laboró al servicio de la demandada AGROCHIGUIRO S.A.S, desde el día 01 de mayo de 1989 hasta el 30 de diciembre de 1996, mediante contrato de trabajo a término indefinido, bajo el cargo de OFICIOS VARIOS, teniendo como funciones las de paletizar y tumbar los racimos de bananos, cortar el banano, lavador y clasificador de bananos, entre otras.

-Afirma que todas las anteriores labores se realizaban en propiedad y bajo la subordinación de la empresa AGROCHIGUIRO S.A.S., a través del señor JORGE MARIO HIGUITA, como coordinador y ALONSO VALENCIA, como administrador.

- Establece que, cumplía un horario de 12 horas diarias, comprendidos de 6:00 am a 12:00 pm y de 1:00 pm a 6:00 pm, devengaba un salario de un millón de pesos (\$1.000.000).

-Sostiene que, la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo con el horario de trabajo y recibiendo remuneración económica, sin que se llegara a presentar queja alguna o llamado de atención.

-Afirma que, durante el tiempo laborado no le realizaron los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión, ARL); además, la parte accionada en ningún momento lo afilió a alguna Caja de Compensación Familiar.

-Por último, establece que el día 09 de mayo de 2019, su representado presentó solicitud de certificación de tiempos laborados ante la empresa que se demanda, a la cual, dieron respuesta en forma verbal, argumentando que, en los archivos de la empresa, no reposa información que lo vincule con esa empresa.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la entidad accionada contestó, oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas, afirmando que, el 24 de febrero de 1994, específicamente fue el año en el cual AGROCHIGUIROS S.A., es constituida como una sociedad anónima y que en el mismo acto de constitución, se solemnizó la absorción de varias sociedades (fincas), razón por la que no es posible que el demandante haya celebrado un contrato con AGROCHIGUIROS S.A.S. toda vez que para esa época la misma aun no existía; además, considera que el acervo probatorio entregado por el demandante, no esclarece los hechos, por lo cual, niegan haber tenido relación laboral con el demandante, y en consecuencia, la empresa no está llamada a responder individualmente, conjunta o solidariamente de los pagos a que hace alusión la demanda. Propuso las excepciones de *“indebida integración del litisconsorcio necesario por pasiva, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe y excepción genérica”*.

II. FALLO APELADO

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, puso fin a la instancia mediante sentencia del 04 de octubre de 2021, donde resolvió declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor REMBERTO MIGUEL AVILA AVILA y la demandada AGROCHIGUIRO S.A.S, que inició el día 31 de mayo de 1989 y culminó el día 01 de marzo de 1992; en consecuencia, condenó a la demandada AGROCHIGUIRO S.A.S. a pagar los aportes a seguridad social en pensión a nombre del demandante por el período comprendido del 31 de mayo de 1989 al 01 de marzo de 1992, los cuales deben ser depositados al fondo que el actor se encuentre afiliado o el que él elija, previo cálculo actuarial, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada año. De igual forma, declaró no probadas las excepciones de mérito de prescripción, falta de legitimación en causa por activa y pasiva, buena fe y probada parcialmente la de inexistencia de la obligación; absolvió a la demandada de las demás pretensiones invocadas, y condenó en costas a la demandada y a favor del demandante, y como agencias en derecho se impone la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente

Fundamentó el *A quo* su decisión, aduciendo que, la declaratoria de los testigos se torna concluyente para corroborar la prestación de un servicio del demandante a la empresa demandada, es decir, el demandante prestó servicios personales a AGROCHIGUIRO S.A.S., en tanto se desempeñó como trabajador de la finca “El Paraíso”, de propiedad de la demandada, desde cuando ostentaba nombre de régimen jurídico distinto, asunto que permite presumir que la relación que hubo entre las partes hoy en contiendas, estuvo regida por un contrato de trabajo, por lo que en esa medida, le correspondía a la parte demandada desvirtuar tal presunción legal, sin embargo ésta se limitó a alegar, pero no respalda con prueba alguna, que dicha prestación hubiera sido diferente a la de un contrato de trabajo; como colofón de lo anterior y sobre el punto atinente a la existencia de la relación laboral, considera que la parte demandante cumplió la carga de probar que prestó los servicios personales remunerados a favor de la empresa

demandada, pero no la cumple respecto al tiempo laborado, porque de los extremos temporales, se corroboran con las testimoniales el extremo inicial desde mayo de 1989, es decir que existe prueba del extremo inicial, en tanto no del final, pues los testigos ratifican que inició en mayo de 1989, no obstante, el extremo final solicitado, no corresponde a lo probado en el proceso, dado que las declaraciones de uno y otro testigo no corroboran el que sostiene la demanda, en razón de que el testigo Marcos Monterosa, no puede dar fe de lo acontecido más allá del año 1992 del mes de marzo, pues éste ya no se encontraba en la finca paraíso, y del testigo Leandro Santos sólo se puede extraer el tiempo del año 1989, dado estuvo hasta diciembre de ese mismo año, volviendo ingresar en el año 1999; en ese sentido y a falta de probanzas que determinen el tiempo final, procede a partir de las pruebas recaudadas, a verificar tanto el inicial como el final, siguiendo las reglas jurisprudenciales establecidas en la Sentencia S.L. 905-2013, donde se determina que cuando no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada cuando se tenga certeza de la prestación personal del servicio.

Resalta que, para determinar que la prestación directa del servicio, fue con la hoy demandada, y no con otra empresa, fue importante la comprobación de la pertenencia, y es por ello que, además de las declaraciones que dan indicio de que la finca donde laboró el demandante es perteneciente a la empresa demandada, con todos sus cambios de razón social, éstos no son determinantes para establecer que la finca “Paraíso” es o era propiedad de la actualmente demandada y hoy denominada AGROCHIGUIRO S.A.S., por ello, tiene en cuenta la prueba documental, que incluye la minuta de transformación, fusión de los Chigüiros Limitada, en la que se relata su historial, los cambios realizados en dicha persona jurídica, así como las propiedades a su nombre, hubo una transformación en la sociedad, que pasó de ser limitada a sociedad anónima; todo ello para indicar que además de indicar las transformaciones y fusiones, reportan que la finca “El Paraíso” es de propiedad de la empresa AGROCHIGUIRO S.A.S., antes limitada, cuando señala limitación de algunos bienes inmuebles.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El apoderado judicial de la parte **demandante**, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión precedente, solicitando revisión puntual del punto número uno de la sentencia, donde se fijan como extremos laborales del 31/05/1989 al 01/03/1992, en el sentido de que, con el testigo Marcos Monterrosa se logró acreditar que el extremo final fue el 30/12/1996, tanto así que en su testimonio dijo que el demandante había salido en esa época y le constaba porque él estaba presente, ya que había vuelto de regreso a la empresa en ese año.

2. Por otro lado, el apoderado judicial de la parte **demandada**, interpuso recurso de apelación, primeramente advirtiendo que el fallo de instancia presume cierta la calidad de los testigos, es decir que presume cierta su declaración aun cuando los mismos gozan de extensas y múltiples dudas respecto a su calidad, idoneidad y su independencia especialmente; resalta que incluso en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte demandante confesó que su representado había hablado con los testigos para que le ayudaran a comprobar lo que estaba en el proceso. Partiendo de esa confesión, y que además, ambos testigos afirmaron que se relacionaban con el demandante como si fueran casi hermanos, considera que está demostrado el interés y la falta de independencia de esos testigos, y por lo tanto, no pueden gozar de la credibilidad que le dio el a quo, entendiendo los mismos como la única prueba para acreditar la supuesta prestación personal del servicio, porque es totalmente ausente en la demanda de otros elementos probatorios que permitan dilucidar ese elemento esencial del contrato de trabajo, incluso resalta que, es muy curioso que los testigos afirmaron que existían unos comprobantes de pago, que ellos mismos supuestamente observaban, pero que el demandante nunca haya aportado esos elementos probatorios en el libelo demandatorio; le resulta muy conveniente construir un contrato de trabajo a partir de testigos que son casi hermanos, como ellos mismos lo afirman, y que se construyen o preparan a partir de conversaciones directamente encaminadas a probar lo que se alega en un proceso, que es lo que confiesa el apoderado de la parte demandante. Entonces, entendiendo

que los testigos, no son unos testigos viables, pues evidentemente no está satisfecha la carga probatoria que le asistía al demandante de probar la supuesta prestación personal del servicio, además porque los testigos tampoco prueban de manera suficiente esa prestación personal, porque su narrativa se enmarca única y exclusivamente a hablar sobre la tipología de las sociedades y de otras personas, pero no precisamente a detallar en qué consistían los supuestos servicios, cómo prestaba los servicios el demandante; entonces a la luz de lo analizado en la práctica de la prueba, realmente no existen los elementos esenciales del contrato de trabajo, primero porque no existe prueba de la prestación personal del servicio, y tampoco existe prueba de un pago de un salario, mucho menos existe prueba de una subordinación, y aquí es necesario recordar que a la luz de la Constitución, todas las formas de trabajo gozan de igual jerarquía, porque el artículo 53 señala con total claridad que, todas las formas de trabajo están igualmente protegidas, y bajo ese supuesto, no es posible simplemente analizar lo que la doctrina llama contrato realidad, simplemente buscando preferir el contrato de trabajo.

En ese sentido, afirma que no es cierto que existió un contrato de trabajo entre el demandante y su representada; pero si por ello no fuera suficiente, afirma que considerar a AGROCHIGUIRO S.A.S., como empleador del demandante, porque era propietaria de la finca “El Paraíso” es un error, dado que, la propiedad sobre un bien no hace que nazca un contrato de trabajo, la propiedad no lleva a concluir un contrato de trabajo; si acaso se llega a considerar que el demandante prestaba el servicio en esa, que es lo único que afirman los testigos y el demandante, no prueba los demás elementos del contrato de trabajo. Señala que esa finca podría haber estado alquilada, podría estar en unas cuentas objeto de participación, o de un contrato de parcería, entre otros múltiples elementos a la luz de la ley que descarta que el propietario de un bien, simplemente por ello, sea entonces el empleador de quién trabaja en ese bien.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado octubre 20 de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, sin intervención.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del recurso de apelación

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez, que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S., no hay lugar a esclarecer inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Problema jurídico

Es competencia de esta Sala verificar si efectivamente el demandante, señor REMBERTO MIGUEL AVILA laboró al servicio de la demandada AGROCHIGURO S.A.S. En consecuencia, de lo anterior, se analizará si le asiste derecho a que se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las pretensiones invocadas por la parte actora; y de salir avante ello, se estudiarán los extremos temporales invocados.

3. Del contrato de trabajo y su acreditación

Delimitado lo anterior, debemos precisar que el artículo 22 del C.S. del Trabajo, nos enseña que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, asimismo, del artículo 23 ibídem podemos inferir que este contrato se configura una vez concurren tres elementos esenciales i) la prestación personal del servicio, ii) el salario o remuneración y iii) la continuada dependencia o subordinación, siendo este último el elemento distintivo y diferenciador del contrato de trabajo.

Asimismo, conforme a lo estipulado en el artículo 24 del C. S. del T., toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que es deber del actor probar que efectivamente prestó sus servicios ante la persona natural o jurídica que fungió como su presunto empleador, mientras que a éste le corresponde desvirtuar que la misma estuvo sujeta a subordinación laboral. Para reforzar lo dicho basta traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL1762 de mayo 23 de 2018, en la que expresamente señaló:

“Aquí, es oportuno señalar, como lo hizo el ad quem, que el mencionado artículo 24 del CST dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato laboral, con lo cual al trabajador le basta demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo subordinado. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma”.

Igualmente, en la sentencia SL1389 de mayo 5 de 2020, radicación No. 73353, la Corte claramente expuso:

“Así mismo, esta Sala de Casación ha precisado, que para que se configure el contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de otra persona natural o jurídica y, en lo que respecta a la subordinación jurídica, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del CST, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

En consonancia con esa disposición, la Corte ha explicado que al demandante le basta probar su actividad personal para que se presuma en su favor la existencia del vínculo laboral, siendo al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada (sentencia CSJ SL2480 -2018). Así, es claro que la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST admite prueba en contrario, pero, para entender que fue desvirtuada, el material probatorio obrante en el plenario debe evidenciar que la relación no fue de índole laboral.”

Aunado a lo anterior, ha enseñado la jurisprudencia que la actividad probatoria del trabajador–demandante, no se centra solo en acreditar la prestación del servicio, además, éste tiene el deber procesal de allegar los medios de convicción necesarios para acceder a las condenas

salariales, prestacionales e indemnizatorias, como es la acreditación de los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (Sentencias de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J.: SL249-2019, SL007-2019, SL1181-2018, SL13753-2017).

Dicho lo precedente pasaremos a analizar el material probatorio recopilado en juicio, veamos:

4. De las pruebas recaudadas en el plenario

Tenemos que, se escucharon los testimonios de los señores **Marcos Fidel Monterrosa Ricardo y Leandro Santos Durango**.

El señor **Marcos Fidel Monterrosa Ricardo** trabajó en la finca “El Paraíso”, ubicada en el corregimiento de Currulado-Antioquia, desde el día 03 de noviembre del año 1988 hasta el año 1992 en el mes de marzo, puesto que se desplazó a Valencia, y luego entró a trabajar allí nuevamente en octubre de 1996 hasta 2004. Indicó que cuando primero entró a trabajar en el año 1988, se le decía los Chigüiros, pero cuando entró a regir la ley de 1094 se creó la empresa AGROCHIGUIROS que se conformaba por varias fincas. Conoce al demandante desde niños, manifestó éste laboró en el año 1989 en la misma finca que él, en oficios varios y cumpliendo horario de trabajo; relata que dejó de trabajar en el año 1992, y dejó al demandante en la empresa; para cuando regresó en el año 1996, el demandante iba saliendo de allá, ya que el papá le brindó unas mejores oportunidades en Valencia, por lo que se desplazó para allá. Relata que, en cuestiones de salud, un médico iba a la finca a atenderlos. Señaló las funciones del demandante, aduciendo que eran varios oficios, tales como conductor, garrochaba, lo mandaban a buscar insumos de la finca, entre otros, que ganaban de manera quincenal entre treinta dos mil y cuarenta mil pesos; en cuanto a la subordinación, dijo que primero le ordenaba el señor Ramiro Ramos, después Nelson Saavedra, y luego Alberto Valencia, quienes eran administradores. Afirma que veía cuando le pagaban al demandante, a través de una

planilla manual a la que el demandante le mostraba y veía los valores que allí se consignaban.

El señor **Leandro Santos Durango** conoce al demandante desde el año 1989 en el mes de mayo, dado que comenzó a laborar con él en la misma finca llamada “El Paraíso” ubicada en el corregimiento de Currulado; indicó que su cargo era de “parcadillero”, es decir que anotaba los viajes que llegaban de las diferentes cuadrillas que habían, y anotaba los del demandante dado que éste llevaba los viajes a la arcadilla, motivo por el cual, él estaba pendiente del demandante, para registrarlo; conoce el horario del demandante, desde las 6:00 AM, salía a desayunar a las 8:00 y volvía hasta las 12:00, con un receso de una hora, hasta las 5:30 PM; que era oficios varios, como por ejemplo garrochero; alega que tenía como jefe a Ramiro Ramos, quien era el administrador, que ambos estaban en la nómina de la empresa, dice que el demandante duró hasta el año 1996, pero también aclaró que él no estaba cuando el demandante salió, simplemente sabe porque una vez se encontró con el demandante, éste le contó que había salido de la empresa. Comenta que la finca el paraíso hace parte de la empresa demandada.

En ese orden de ideas, encontramos que el apoderado de la parte demandada alega que los testimonios no debieron tenerse en cuenta, dado que ambos testigos afirmaron que se relacionaba con el demandante como si fueran casi hermanos, y hasta afirma que prepararon los testimonios, a partir de conversaciones, directamente encaminadas a probar lo que se alega en un proceso; no obstante, es indispensable señalar que éste no es el momento procesal para solicitar el no tener en cuenta estos testimonios, para ello el apoderado pudo haber solicitado la tacha de estos testigos. Colige entonces esta Judicatura con que estos testimonios son presenciales, pues trabajaron junto con el demandante, presenciaron y detallaron sus funciones; por lo que sus testimonios efectivamente ratifican la prestación personal del servicio del demandante, a favor de la demandada.

Por otro lado, la parte demandada asegura que la propiedad sobre un bien no lleva a concluir un contrato de trabajo, no prueba los demás elementos del contrato de trabajo, ya que la finca “El Paraíso” podría haber estado alquilada, estar en unas cuentas objeto de participación, o de un contrato de parcería, entre otros múltiples elementos a la luz de la ley. Sin embargo, cabe resaltar que el apoderado hace meras ejemplificaciones, más no señala o afirma alguna de estas situaciones, por lo que se limita simplemente, pero no respalda con prueba alguna su dicho, así como tampoco desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del CST. En ese sentido, vale recordar que el apoderado de la parte demandada no niega que la finca “El Paraíso” efectivamente es propiedad de la empresa demandada, tal como indicaron los testigos, y que también encontramos señaló en la minuta de transformación, fusión, aumento del capital social de AGROPECURIA LOS CHIGUIROS LTDA (folios 36 – 55).

En conclusión, para esta Sala de Decisión si se encuentra acreditado la prestación personal del servicio por parte del demandante, cumpliendo con la carga procesal que le correspondía; mientras la parte demandada no presentó prueba alguna que desvirtuara la presunción establecida, como tampoco desvirtuó o negó que la finca “El Paraíso” sea de propiedad de esta empresa demandada. Así las cosas, se confirmará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor REMBERTO MIGUEL AVILA AVILA y la demandada AGROCHIGUIRO S.A.S.

5. De los extremos temporales.

Se aduce en la demanda que, el señor REMBERTO MIGUEL AVILA trabajó en la empresa demandada desde el 01 de mayo de 1989 hasta el día 30 de diciembre de 1996, sin interrupción alguna; mientras en primera instancia se reconoce que el contrato de trabajo inició el día 31 de mayo de 1989 y culminó el día al 01 de marzo de 1992, razón por la cual, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, pues considera que con el testimonio del señor Marcos Monterrosa se lograba acreditar que el extremo final fue el 30 de

diciembre de 1996, dado que, en su testimonio dijo que el demandante había salido en esa época y le constaba porque él estaba presente, ya que había vuelto de regreso a la empresa en ese año.

Así las cosas, se resalta lo dicho por el testigo traído a colación, el cual explicó que él trabajó hasta el año 1992, puesto que se trasladó a Valencia-Córdoba; y regresó a la finca El Paraíso para el año de 1996 y vio que el demandante para ese año salía de la finca y se iba para el mismo municipio; no obstante, por esa misma razón, es que este testigo no puede acreditar el extremo final, ya que no estuvo presente por 4 años, así que no puede dar fe de lo acontecido en ese transcurso de tiempo y no le consta si el demandante trabajó en ese tiempo de manera interrumpida. Razón por la cual, se confirmará el fallo de primera instancia en este punto.

Como quiera que los recursos de apelación interpuestos por ambas partes no prosperan, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha octubre 04 de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 003 2019 00429 03 Folio 372 - 21** promovido por **REMBERTO MIGUEL AVILA AVILA, contra AGROCHIGUIRO S.A.S.**

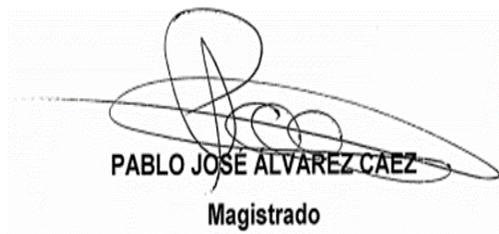
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 182 31 89 001 2020 00019 02

Folio 370

A los treinta (30) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, integrada por los Magistrados **CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**, quien la preside, **PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ** y **MARCO TULIO BORJA PARADAS**, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARCELA LOPEZ MEDRANO** contra **MANEXKA EPS INDIGENA EN LIQUIDACIÓN**, radicado bajo el número **23 182 31 89 005 2020 00019 01 Folio 370**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, esta Sala, previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. Por escrito visible a folios 3 a 20 del cuaderno de primera instancia, la señora Marcela Luz López Medrano promovió demanda ordinaria laboral contra Manexka EPS Indígena en Liquidación, con la finalidad de que se condene a esta última al reconocimiento y pago de las

Radicado No. 2020 00019 Folio 370 M.P.

prestaciones y demás derechos laborales correspondiente a cesantías, sanción moratoria por no pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, correspondientes al período laborado que inició el 1º enero de 2017 hasta el 31 de diciembre 2017.

Asimismo, se condene al pago de los salarios dejados de cancelar durante el período comprendido entre abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, más los correspondientes intereses, al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social a favor de la demandante, y se falle extra y ultra petita.

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

- La actora prestó sus servicios personales en la EPS MANEXKA INDIGENA EN LIQUIDACIÓN, mediante un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1º de enero 2017 hasta el 31 de diciembre del 2017.
- El último contrato celebrado entre las partes se suscribió el 1º de enero de 2017, número de distinción 0079 – 2017.
- Aduce que, solamente se pagaron los meses de enero, febrero y marzo, quedando a deber desde abril de 2017 hasta diciembre de 2017, asimismo, se debe la acreencia laboral relacionada con prestaciones sociales, primas, cesantías, vacaciones.
- Expresa que, no se le han consignado desde el 1 de enero de 2017 hasta diciembre del mismo año, lo relacionado con seguridad social.
- Manifiesta que el día 20 de febrero de 2019, presentó formulario único de registro reclamación ante la entidad MANEXKA EPSI en Liquidación, el cual fue respondido por MANEXKA EPSI el día 21 de febrero de 2019.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada MANEXKA EPS, por medio de apoderado judicial, contestó aceptando unos hechos, incluido el de la existencia de los contratos de trabajo, empero, indicó que si bien el contrato iba del 1º de enero de 2017 hasta el 27 de marzo de 2017, en realidad se dio por terminado el 27 de marzo de

2017, cuando la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la liquidación de Manexka EPSI mediante Resolución No. 000527 de marzo 27 de 2017- asimismo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso como excepciones de fondo *“cobro de lo no debido, terminación de contrato de prestación de servicios año 2017 por inexistencia de prestación de servicio y por inexistencia del objeto social de la empresa y aceptación de acreencias reclamadas”*.

II. Fallo apelado

A la primera instancia se le puso fin mediante sentencia adiada septiembre 30 de 2021, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, declaró que entre la demandante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 enero de 2017 hasta el 31 de diciembre del 2017, asimismo, condenó a la suma de \$32.724.342 más el pago de aportes a pensión en el fondo de pensiones a elección de la demandante, de la misma forma, condenó al pago de cesantías (\$553.288), intereses de cesantías (\$498), vacaciones (\$276.644), prima de servicios (\$553.288), indemnización por falta de pago hasta el mes 24 (\$17.705.208), salarios dejados de pagar (\$6.639.453), despido sin justa causa contrato a término fijo (\$6.639.453), de la misma forma, se condenó a la parte demandada por agencia en derecho un monto de (\$1.351.466).

Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia, trajo a colación inicialmente el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, señalando que, se encontraba probada la prestación del servicio y se presumía la existencia del contrato, asimismo, adujo que a pesar de que la entidad demandada se encontraba en proceso de liquidación bajo la luz del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, debía el empleador seguir pagando los salarios correspondientes, ya que, la no prestación de servicio era por disposición o culpa del empleador.

Por otro lado el a quo aduce que, la causa de terminación del contrato de trabajo fue la liquidación definitiva de la empresa empleadora, por ende, si ésta se apoya en el artículo 61 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, debe solicitar autorización al Ministerio del Trabajo e informar por escrito este hecho a sus trabajadores, sin embargo, la

liquidación de la entidad supone la liquidación automática de los contratos, pero en el caso en estudio, no se puede predicar la separación automática de las funciones del demandante y por ende en la terminación de su contrato por inicio a la liquidación de la entidad demandada, la demandante por ostentar el cargo de auxiliar administrativa, siendo subordinada, ejercía sus funciones dentro de la dependencia de la entidad accionada.

III. Recurso de apelación

Dentro del término legal, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que, no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, a partir del mes de mayo de 2017, adicional a ello, el contrato de trabajo fue afectado en todos sus elementos esenciales, asimismo, MANEXKA EPS fue liquidada y su cancelación fue debidamente inscrita bajo resolución 114 de agosto de 2021, de igual manera aduce que, todos los contratos de trabajos fueron terminados con justa causa, dado que la entidad se encuentra liquidada y dejó de surtir su objeto social.

IV ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto adiado octubre 14 de 2021 se corrió traslado a las partes para alegar, con intervención, única y exclusivamente de Manexka EPS

V. Consideraciones de la Sala

1. Del recurso de apelación.

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Del problema jurídico

Por tanto, corresponderá a la Sala verificar, si efectivamente erró el juez de primera instancia al condenar a la accionada, al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, pago aportes a pensión, prestaciones sociales y demás emolumentos a los que fue condenada dado que, a voces de la recurrente, la entidad MANEXKA EPSI fue liquidada y por la misma razón tuvo que terminar los contratos laborales.

3. Aspectos que no son objeto de controversia en esta instancia

En este punto fuerza anotar que, en el plenario no es objeto de discusión y por ende, se mantiene incólume de la sentencia de primera instancia que, entre la señora MARCELA LOPEZ MEDRANO y la EPS MANEXKA en Liquidación, existió un contrato de trabajo desde el 1º de enero de 2017 hasta el 27 de marzo de la misma anualidad.

4. De la liquidación de la empresa, como justa causa de terminación del contrato

De antaño la jurisprudencia ha señalado que existen grandes diferencias entre, los modos legales o generales de terminación del contrato de trabajo y las justas causas para que el empleador de manera unilateral extinga el vínculo jurídico, dado que, los primeros atienden a eventos que de manera general dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, mientras que las justas causas son los hechos o actos que autorizan al empleador a que haga uso de uno de esos modos legales: la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo, esto es, el despido. Así las cosas, reiteradamente se ha señalado que si bien la liquidación o toma de posesiones de una empresa constituye una causa legal de terminación, ésta no es justa, por ende, cuando el contrato de trabajo se extinga en virtud de esta circunstancia, deberá la entidad empleadora reconocer al trabajador el equivalente a la indemnización por despido injusto, ello tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia **SL164** de enero 29 de 2020, radicación n.º 74096, en donde se reiteró lo dicho en las sentencias, **CSJ SL 23 jul. 2014, rad. 52518;**

y CSJ SL, 4mar. 2009, rad. 34480, CSJ SL1916-2019, señalando en la primera, lo que pasamos a reproducir:

“En cuanto a los demás argumentos planteados en los cargos, esto es, que la supresión y liquidación de la entidad constituían una justa causa de despido por devenir de facultades constitucionales y legales, es de señalar que la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Laboral, ha explicado que, pese a ser legal el despido de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el D. 2127/1945, Art. 48, como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»; sin que exista razón que amerite variar este criterio.

Al respecto, resulta pertinente recordar la sentencia de casación de la CSJ SL, 2 sep. 2004, rad. 22139, en la que se sostuvo:

Ciertamente el tema de la supresión de cargos con ocasión de la denominada modernización del Estado, como lo acota la parte replicante, ha sido definido por la Corte en el sentido de considerar que la desvinculación contractual del trabajador puede ser legal pero no constituye justa causa. Así se encuentra dicho:

“Frente a lo anterior, se tiene que no obstante que el ad-quem admitió que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó ‘por una causa legal’ y que ‘no es justa causa’, concluyó que, dadas las condiciones sui generis creadas por la señalada disposición transitoria de la Constitución y las normas que la desarrollan, no debían aplicarse en este caso los preceptos legales y convencionales reguladores de la desvinculación sin justa causa.

“Sobre esta forma de finalización del vínculo contractual laboral, ya ha tenido oportunidad la Corte de manifestarse al examinar otros casos análogos, para cuya definición ha memorado innumerables pronunciamientos en los cuales ha hecho clara diferenciación entre el despido autorizado legalmente y el despido con justa causa, haciendo ver que no siempre el primero obedece a uno de esos determinados motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan ‘justas causas’, como son, en tratándose del trabajador oficial, las que establecen los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y no otras, porque a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa forma de denominación.

“Como en los casos anteriores debe la Sala advertir, según lo que viene de expresarse, que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal, distinto al previsto por una de las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 establece los modos de finalización del vínculo laboral, y para el sub-examine los Decretos 2138 de 1992 y 619 de 1993 permitieron la supresión del cargo y consiguiente desvinculación, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47.

Ya la Corte, en procesos similares, ha interpretado que el propósito, entre otros, del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, es el de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Empresas de Economía Mixta del Orden Nacional, pero ello no significa que la normatividad producida para ese efecto haya derogado, para los trabajadores vinculados a la correspondiente actividad económica, el régimen común de indemnizaciones laborales dentro del cual se encuentra, incluso, la pensión proporcional de jubilación. Vale decir que, en cuanto hace con la Caja Agraria, los Decretos Ejecutivos 2138 del 30 de diciembre de 1992 y 0619 del 30 de marzo de 1993, éste último aprobatorio de los Acuerdos 895 y 896 del 29 de diciembre de 1992 y 10 de febrero de 1993, respectivamente, emanados de la Asamblea General de

Accionistas de la mencionada entidad, no obstan para que se apliquen la indemnización convencional prevista para el caso de terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral de la empleadora, sin justa causa, ni la pensión sanción también consagrada legalmente para la misma eventualidad, con más de diez años de servicio.

Y en la sentencia de la CSJ SL, 1° abr. 2008, rad. 21106, expresó:

En diferentes oportunidades la Corte ha establecido la clara diferencia que existe entre el despido autorizado legalmente y, el despido con justa causa, en la medida en que no siempre el primero obedece a uno de esos motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento de la extinción unilateral del contrato y que se denominan “justas causas”, como, para el caso del trabajador oficial, son las que establecen los artículos 16, 48, y 49 del Decreto 2127 de 1945, y para el particular el artículo 62, subrogado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, pues a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa especial denominación.

Así las cosas, el despido sin causa justa, no necesariamente excluye al que opera por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. (Subraya la Corte).

Dicho lo precedente, pasaremos a analizar el caso concreto.

5. En el sub examine

Aterrizando en el sub examine, encontramos que, mediante la Resolución No. 000527 de marzo 27 de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú, así las cosas, como quiera que se alega que la terminación del contrato obedeció a este proceso de liquidación, tal como se anotó en líneas antecedentes, si bien ésta es una causa legal, no es justa, por lo que, en contraste con lo afirmado por la vocera judicial de la parte demandada, si hay lugar a la imposición de las condenas establecidas por el juez de primera instancia de la que se duelela demandada.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia apelada, sin imposición de costas en esta instancia por no haber prosperado el recurso, y no haber réplica del mismo en esta instancia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARCELA LOPEZ MEDRANO contra MANEXKA EPS INDIGENA EN LIQUIDACIÓN**, radicado bajo el número **23 182 31 89 001 2020 00019 02 FOLIO 370**

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

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

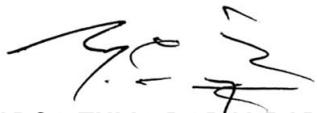
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N.º 23 001 31 05 001 2019 00173 01 Folio 367-21

A los treinta (30) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha octubre 6 de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2019 00173 01 Folio 367** promovido por **RAFAEL ENRIQUE JIMENEZ SALCEDO**, por medio de apoderado judicial, contra **COLFONDOS S.A** y **FERNANDO SALAS CALLE**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor Rafael Enrique Jiménez Salcedo, por conducto de apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la entidad COLFONDOS S.A. y el señor FERNANDO BENITO SALAS CALLE, con la finalidad de que se declare que entre el demandante y el

Rad. 2019 – 00173 Folio 367 M.P. CAYA

señor Fernando Salas, existió una relación laboral en el período comprendido desde el día 02 de enero de 1981 hasta el día 31 de octubre de 2010, que se declare y condene al demandado Fernando Salas Calle al pago de los aportes a pensión correspondientes al período desde enero de 1981 hasta el mes de octubre de 1995, también solicita que se declare y condene a la demandada Colfondos S.A., al reconocimiento y posterior pago de pensión de vejez de acuerdo a lo estipulado en el Art. 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del día 22 de noviembre de 2013, fecha en la que el demandante adquirió el status de pensionado. Igual solicita que se declare y condene a la entidad Colfondos S.A., a que reconozca y pague el retroactivo pensional causado desde el día 22 de noviembre de 2013, fecha en la que adquirió el status de pensionable, hasta la fecha en que sea reconocida y pagada su pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre; al pago de los intereses moratorios de que trata el Art. 41 de la ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales dejadas de percibir, las sumas adeudadas sean indexadas, por último solicita condenar en costas y agencias en derecho a los demandados.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Entre el demandante y el demandado Fernando Salas, existió una relación laboral que se ejecutó entre el 2 de enero de 1981 hasta el día 31 de octubre de 2010.
- El demandante ejecutaba las labores de oficios varios: agricultor, ordeñador, jardinero entre otras, dichas actividades fueron prestadas de manera personal, continua e ininterrumpida en la Finca “EL BRILLANTE” ubicada en Buenavista – Los Córdoba propiedad del demandado Fernando Salas.
- El actor cumplió un horario laboral, el demandado Fernando Salas le daba órdenes, mandatos e instrucciones, por esa relación laboral el demandante devengaba un salario mínimo mensual vigente, además se encuentra afiliado en calidad de cotizante al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad administrado por la entidad COLFONDOS S.A.

- El demandado Fernando Salas, solo vinculó al demandante al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., en noviembre de 1995, y debe los aportes a pensión desde enero de 1981 hasta el mes de octubre de 1995, es decir 763.62 semanas.

-Actualmente el demandante tiene la edad de 67 años, le solicitó a la entidad demandada Colfondos S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero dicha entidad se negó, argumentando que el actor no tiene los fondos suficientes para financiar su pensión y, en su lugar, le ofrece devolución de saldos.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la entidad **COLFONDOS S.A.**, contestó la misma dando, por ciertos unos hechos y no le constan otros, oponiéndose al reconocimiento de pensión al demandante, argumentando que éste no cuenta con la cantidad de semanas necesarias para que le sea reconocida pensión de vejez, propone como excepciones de mérito: *“imposibilidad de reconocer pensión de vejez, imposibilidad de reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, imposibilidad de reconocimiento de intereses por no haberse causado, prescripción, buena fe, compensación, genérica”*.

Por otro lado, mediante memorial allegado al Juzgado de primera instancia, la vocera judicial de la parte demandante aportó el acta de defunción del demandado FERNANDO BENITO SALAS CALLE, por lo que, mediante auto de fecha diciembre 2 de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, ordenó citar como herederos determinados del señor FERNANDO BENITO SALAS CALLE a los señores EUGENIO SALAS MARQUEZ, HERNANDO CARLOS SALAS MARQUEZ, MARCELA SALAS MARQUEZ e IOMAR ALICIA SALAS MARQUEZ.

Así las cosas, los herederos determinados del causante Fernando Benito
Rad. 2019 – 00173 Folio 367 M.P. CAYA

Salas Calle, antes enunciados, actuando a través de curador ad-litem, contestan la demanda, manifestando que no le consta unos hechos y dio por ciertos otros, con respecto a las pretensiones se atuvo a lo resuelto en el proceso, no propuso ninguna excepción a la demanda.

II. FALLO APELADO

A la primera instancia se le puso fin mediante sentencia de fecha octubre 06 de 2021, a través de la cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, declaró que entre el demandante y el demandado Fernando Salas, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 2 de enero de 1981 hasta el 31 de octubre de 2010, como consecuencia de lo anterior, condenó a EUGENIA SALAS MARQUEZ, HERNANDO CARLOS SALAS MARQUEZ, herederos determinados y sucesores procesales del señor FERNANDO BENITO SALAS CALLE, pagar a favor del demandante y con destino a COLFONDOS S.A., los aportes en pensión por el tiempo laborado entre el 2 de enero de 1981 al 31 de octubre 1995, previo cálculo actuarial y a satisfacción del fondo de pensiones COLFONDOS S.A., conforme lo ordena el artículo 33 de ley 100 de 1993; se condena a COLFONDOS S.A., a recibir las sumas pertinentes por concepto de aportes pensionales. Declaró el a quo que al demandante se le causa el derecho pensional a partir del 22 de noviembre 2013, por lo tanto, tiene derecho a que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, le reconozca y pague la garantía de pensión mínima de vejez, con una mesada pensional inicial equivalente a un SMMLV a partir del 28 de septiembre de 2018; COLFONDOS S.A. deberá hacer los trámites necesarios para que se haga efectiva la garantía de pensión mínima, ante la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además, condenó a la parte demandada COLFONDOS S.A., a pagar al demandante la suma de \$28.463.079,00 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 28 de septiembre de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2021, a partir del 1 de octubre de 2021, se deberá continuar pagando al demandante por parte de COLFONDOS S.A., una mesada pensional equivalente al SMMLV, es decir, la suma de \$908.526,00 la cual deberá ser reajustada anualmente conforme a lo establezca el Gobierno Nacional para el SMMLV, de la condena antes

aludida, se faculta a COLFONDOS S.A., a descontar la suma de \$29.694.618,00 por concepto del pago efectuado por devolución de saldos hecho al actor, condenó a la parte demandada COLFONDOS S.A. al pago de la indexación de cada una de las mesadas pensionales conforme su causación. Declaró probadas las excepciones de fondo denominadas imposibilidad de reconocer la pensión de vejez; imposibilidad de reconocimiento de intereses moratorios por no haberse causado, compensación y declaró no probadas las de prescripción y la de la Imposibilidad de reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez; condenó en costas a la parte demandada y fijó como agencias en derecho el equivalente a un SMMLV, es decir \$908.526,00 suma que deberá pagar cada uno de los demandados.

El A-quo encontró acreditada la relación laboral alegada por el demandante, en la certificación laboral aportada con los anexos de la demanda, como también en las cotizaciones hechas por el demandado a la entidad Colfondos S.A. De otra parte, consideró que la ley es expresa al señalar que las afiliaciones y las cotizaciones son obligación por parte del empleador, por lo que el demandado está en la obligación de realizar las cotizaciones desde el 2 de enero de 1981 hasta el 31 de octubre de 1995, como el actor fue afiliado en el año de 1995, Colfondos S.A., está obligado a recibir los aportes desde que inició la relación laboral.

Expone el A-quo que, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que a pesar de que a una persona le haya sido reconocida devolución de saldos, no sirve de excusa para la AFP, para no reconocer prestación económica de vejez, ya que, si se logran demostrar todos los tiempos cotizados, la persona puede acceder a pensión de vejez. En el presente caso, la pensión fue solicitada por primera vez el 28 de septiembre de 2018, por ello deberá ser pagada desde esa fecha. Con respecto a la prescripción del retroactivo, no se configura esta figura, dado a que no transcurrieron los tres años que exige la ley para que se tipifique dicha institución.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El vocero judicial de la **demandada** COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación, para que sea revocada la decisión, pues, como ya es sabido al demandante le hicieron una devolución de saldos, la cual es una prestación económica de cierre en el sistema, lo que quiere decir que, fue retirado del sistema, por lo tanto, no forma parte de Colfondos, ya no es su afiliado, ya no tiene su cuenta individual, porque ésta fue cancelada, ya fue saldada. Además de eso, debe tenerse en cuenta que Colfondos S.A., cumplió desde el momento de la desvinculación a partir de septiembre de 1995 hasta la fecha de su última cotización, con todas sus obligaciones, por ende, toda obligación anterior al año 1995 no se le puede endilgar a Colfondos S.A, ese incumplimiento, esa irresponsabilidad del empleador de informar la existencia de esos aportes que no fueron informados y que no fueron pagados, no se puede predicar ninguna solicitud respecto a ese tipo de aportes, por lo que no tiene Colfondos la obligación de recibir aportes de esa fecha, toda vez que además de lo anterior, Colfondos ni siquiera para la fecha en que se dio la relación laboral y que se condena a los herederos indeterminados de su empleador, existía; Colfondos existe desde el año 1994 para efectos de administrar el régimen y, desde la fecha de afiliación es que Colfondos adquiere su responsabilidad.

Además debe tenerse en cuenta al recibir una devolución de saldos, se desfinanció por completo la cuenta individual del demandante, no existe ningún tipo de dinero contenido en una cuenta individual a favor del demandante, ya que le fueron concedidos y éste los recibió, por ende, no se puede reconocer una pensión mínima de vejez, cuando la cuenta individual se encuentra en cero (0), porque su contenido lo tiene el demandante a partir del año 2016, por esa razón es imposible que se le conceda la garantía mínima de pensión de vejez, porque está desfinanciada la cuenta individual.

Asimismo, no se le puede dejar en cabeza de Colfondos la obligación de cobro de estos dineros, ya que la obligación de éste surgió a partir del año 1995, los fondos de pensiones privados tienen la obligación de ejercer acciones de cobro, pero cuando existen bonos pensionales

anteriores, cuando existe una vinculación al régimen de prima media con alguna de las administradoras que existían para la época. Además de lo anterior, cuando los afiliados vienen de otro régimen, tienen la obligación de cobrarlos sino han hecho el traslado de los dineros, pero en el presente asunto COLFONDOS no conoció al momento de la afiliación sino hasta ahora, que existían o que el demandante había laborado, de ahí que, no se pueda pretender de que COLFONDOS sea quien tenga la obligación de allegar a la cuenta de ahorro, esos dineros cuando su obligación nace desde la afiliación, esa obligación le correspondería al demandante a través del proceso ejecutivo laboral.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado 14 de octubre de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar, con intervención del apoderado judicial de Colfondos S.A., quien sostuvo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del recurso de apelación.

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S., no hay lugar a esclarecer inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Aspectos que no son objeto de reproche o censura.

En el plenario no es objeto de reproche o censura y se mantienen incólume de la sentencia de primera instancia, lo siguiente:

- Que el demandante laboró para el señor Fernando Salas dentro del período comprendido entre el 2 de enero de 1981 hasta el 31 de octubre de 2010
- Asimismo, que EUGENIA SALAS MARQUEZ, HERNANDO CARLOS SALAS MARQUEZ, herederos determinados y sucesores

procesales del señor FERNANDO BENITO SALAS CALLE, deben pagar a favor del demandante y con destino a COLFONDOS S.A., los aportes en pensión por el tiempo laborado entre el 2 de enero de 1981 al 31 de octubre 1995.

- Aunado a lo anterior, que la entidad accionada (Colfondos) le concedió una devolución de saldos.

3. Problema jurídico

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

Dicho lo precedente, es pertinente indicar que el problema jurídico a resolver se ciñe en:

- Si hay lugar a que se tenga en cuenta el cálculo actuarial para reconocer la pensión de vejez cuando ya se ha reconocido una devolución de saldos, esto es, cuando la cuenta individual se encuentra cancelada.

3.1. Del bono pensional y el reconocimiento de la pensión de vejez.

Partimos por indicar que se duele el apoderado judicial de la parte demandada en que su representada no está en la obligación de reconocer la pensión de vejez pretendida por el actor, toda vez que, a éste le fue reconocida la correspondiente devolución de saldos, por ende, su cuenta individual ya fue cancelada y desfinanciada.

No obstante a lo anterior, no comparte esta Sala los argumentos esbozados por el recurrente, dado que, ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que la administradora de pensiones, debe tener en cuenta el período laborado representado en el cálculo actuarial, muy a pesar de que, la cuenta

individual del trabajador – afiliado, se encuentra cancelada y sin saldos; ello en atención a que ese cálculo actuarial es producto del trabajo y esfuerzo de ese afiliado.

Básicamente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5041 de agosto 18 de 2021, radicación n.º 82738, expresó:

“El censor también plantea que una vez el actor recibió la devolución de saldos perdió su calidad de afiliado al RAIS, pues el artículo 14 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año así lo prescribe. Y, en consecuencia, debe aceptarse que el demandante está desafiliado del sistema de pensiones, sin que pueda entonces ordenársele a la accionada el reconocimiento del cálculo actuarial por los períodos laborados para ella.

Al respecto, el hecho de que la cuenta del actor en el RAIS esté actualmente cancelada y sin saldos, como lo indicó la AFP Porvenir S.A. en la contestación de la demanda, no es motivo suficiente para que no puedan tenerse en cuenta las cotizaciones y tiempos laborados por el trabajador entre los años 1973 y 1984, en la medida que estos aportes representados en un cálculo actuarial están relacionados con su trabajo y si bien no fueron reconocidas al momento de efectuar la devolución de saldos en el año 2016, estas deberán ingresar a la cuenta de ahorro individual del afiliado y tenerse como parte del capital acumulado para los fines a que haya lugar.

Acorde con el criterio jurisprudencial que esta Sala se ha permitido reproducir, es claro entonces que, no erró el juez de primera instancia al incluir el cálculo actuarial como capital para el reconocimiento de la pensión de vejez pretendida, por el actor; aunado a que, en relación con las responsabilidades pensionales a cargo del empleador en el período en que no existió cobertura por parte de la AFP, el trabajador no puede asumir las consecuencias negativas, quien además tiene la expectativa de reunir el tiempo de servicio requerido, las cotizaciones o el capital exigido para acceder a las prestaciones del sistema general de pensiones.

4. Por colofón.

Se confirmará la sentencia apelada, sin imposición de costas en esta instancia, al no haber réplica del recurso.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – Rad. 2019 – 00173 Folio 367 M.P. CAYA**

FAMILIA – LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha octubre 6 de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2019 00173 01 Folio 367** promovido por **RAFAEL JIMÉNEZ SALCEDO**, por medio de apoderado judicial, contra **COLFONDOS S.A** y **FERNANDO SALAS CALLE**.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA – LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 002 2020 00100 01 Folio 386-21

A los treinta (30) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, integrada por los Magistrados **CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**, quien la preside, **PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ** y **MARCO TULIO BORJA PARADAS**, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia de fecha 25 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 002 2020 00100 - 01, Folio 386**, promovido por **EDUARDO ENRIQUE ALVAREZ RUIZ** contra **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, esta Sala, previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

Radicado No. 2020 00100 01 Folio 386 M.P. CAYA

1. El señor EDUARDO ENRIQUE ALVAREZ RUIZ, instauró demanda ORDINARIA LABORAL contra la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a fin de que, se declare que el demandante tiene derecho a disfrutar del pago de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a partir del 21 de noviembre de 2018 y no desde el 01 de junio de 2019, como lo realizó la entidad demandada, igualmente solicita se condene a Colfondos S.A., a pagar al demandante los intereses moratorios causados desde el 21 de noviembre de 2018 al 25 de septiembre de 2019, fecha en la que le fue consignada su primera mesada pensional, y se condene a la entidad demandada a pagar la indexación de las condenas impuestas, al igual que las costas y agencias en derecho.

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

- El demandante solicitó Garantía Mínima de Pensión de Vejez a la entidad demandada el día 21 de noviembre de 2018.

- A través de la Resolución No. BP-R-I-L-41104-12-18, la entidad Colfondos S.A., le reconoce Garantía de Pensión Mínima de Vejez a partir del 01 de diciembre de 2018.

- Posterior a ello, la entidad no le realizó inclusión en nómina, luego mediante Resolución No. BP-R-I-L-41104-06-19, nuevamente le reconoce Garantía de Pensión Mínima de Vejez, pero esta vez a partir del 01 de junio de 2019, por lo que recibe su primera mesada pensional a partir del 25 de septiembre de 2019.

- Considera la parte actora, le asiste el derecho de garantía de pensión mínima de vejez a partir del 21 de noviembre de 2018 y no desde el 01 de junio de 2019, como lo determinó la entidad demandada.

- Por último, manifiesta que petitionó a la entidad demandada para el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas desde el

21 de noviembre de 2018 hasta el 01 de junio de 2019, pero a la fecha no ha sido resuelta dicha petición.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., ésta dio contestación a la demanda dentro del término legal y se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que al demandante ya le fue reconocida pensión por parte de esa entidad dentro del término legal para ello, en referencia a los hechos dio por ciertos unos hechos y falsos otros.

Propuso como excepciones de mérito las de “IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER MESADAS PENSIONALES ANTES DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION, IMPOSIBILIDAD DE INDEXACION POR NO EXISTIR TARDANZA DE COLFONDOS S.A. EN EL CUMPLIMIENTO, INEXISTENCIA DE LA MORA, PRESCRIPCION, BUENA FE, INOMINADA O GENERICA”

II. Fallo apelado

Mediante sentencia de fecha 25 de marzo de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones de imposibilidad de reconocer mesadas pensionales antes del reconocimiento de la pensión; inexistencia de la mora; prescripción y buena fe, propuestas por la entidad demandada, por lo que condenó a Colfondos S.A., a reconocer y pagar al demandante, garantía de pensión mínima de vejez a partir del 21 de noviembre de 2018, también condenó a esta entidad a reconocer y pagar al demandante mesadas pensionales adeudadas por concepto de garantía de pensión mínima de vejez del 21 de noviembre de 2019 hasta el 31 de mayo de 2019, luego de ello ordena a Colfondos S.A., a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, de cada una de las mesadas pensionales a partir del 21 de noviembre de 2018 hasta el 31 de mayo de 2019 y, hasta el

momento en el que se efectuó el pago efectivo de las mesadas adeudadas, absuelve a Colfondos S.A., de los demás reclamos deprecados en la demanda y condena en costas y agencias en derecho en cuantía de un SMLMV a la entidad demandada.

La anterior decisión es fundamentada por el a quo, bajo los argumentos de que el actor, por reconocérsele una Garantía de Pensión Mínima de Vejez, se tiene que al mismo se le aplican los conceptos de la causación y el disfrute de la misma, por lo expuesto en la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, posterior a ello explicó los requisitos para poder acceder a la Garantía Mínima de Pensión de Vejez y, como es el procedimiento para que esa garantía sea reconocida al afiliado al R.A.I.S.

Consideró el a quo que, el demandante, después de haber realizado la solicitud de pensión de vejez el día 21 de noviembre de 2018, efectivamente la entidad Colfondos S.A., lo notifica del reconocimiento y pago de dicha pensión, además, del oficio enviado al demandante en donde el Ministerio de Hacienda, le expide el bono pensional para que acceda a la Garantía Mínima de Pensión de Vejez, por lo que a partir del 1 de diciembre de 2018, al demandante le fue reconocida pensión mínima de vejez, posterior a ella y para junio de 2019, la entidad demanda vuelve a emitir resolución de reconocimiento y posterior pago de Pensión Mínima de Vejez, por lo que para el a quo dicha actuación genera incertidumbre al demandante y a su empleador, debido a las dos resoluciones que emitió la entidad demandada, en donde reconocía la prestación. El demandante para el día 21 de noviembre de 2018, cumplía con los requisitos de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, por ello condena al Colfondos S.A., al pago del retroactivo pensional a partir del 21 de noviembre de 2018 y hasta el 31 de mayo de 2019, debido a que recibió mesadas a partir del 1 de junio de 2019. Expone el a-quo que, la entidad demandada deberá pagar al demandante los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a cada una de las mesadas que debió recibir el actor desde el 21 de noviembre de 2018 hasta el 31 de mayo de 2019 y hasta que se realice el pago efectivo de dicho retroactivo pensional, por lo que arguye que al condenarse al pago de intereses moratorios, no procede la indexación

de las condenas solicitadas por el demandante debido a su incompatibilidad.

III. Recurso de apelación

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que si bien es cierto que para la Garantía Mínima de Pensión de Vejez se necesita cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, también se necesita la participación de los recursos del estado a través del Ministerio de Hacienda, por lo que expone que cuando el estado efectivamente concede el bono pensional para el cumplimiento de la Pensión Mínima de Vejez, es deber de la administradora, el posterior reconocimiento y pago de esa pensión, por lo que se debe revocar el fallo de primera instancia, ya que el disfrute de la pensión aludida, se da cuando la administradora conoce de la garantía otorgada por el estado.

También solicita revocar los intereses moratorios, debido a que sí existió tardanza en el otorgamiento de la pensión pretendida por parte de la demandada, ello ocurrió por el tiempo que debió esperar esa entidad para que fuera reconocida la garantía por parte del estado a través del Ministerio de Hacienda, por lo que entonces esa tardanza se adjudica al hecho de un tercero.

IV. Traslado para alegar en esta instancia.

Mediante auto adiado mayo 25 de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de la parte demandante.

V. Consideraciones de la Sala

1. Recurso de apelación

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S., no hay lugar a esclarecer inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Problema Jurídico

Escrutado el recurso de apelación, surge nítido que es competencia de esta Sala estudiar:

Si al señor Eduardo Enrique Álvarez Ruiz, le asiste el derecho a que la entidad Colfondos S.A., le reconozca y pague Garantía de Pensión Mínima de Vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, desde el día 21 de noviembre de 2018.

3. De la Garantía de Pensión Mínima de Vejez.

Para poder entrar a resolver el caso en concreto, esta Sala trae a colación lo expuesto en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, que regula la Garantía de Pensión Mínima de Vejez, el cual expone lo siguiente.

**“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.
PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”**

También, esta Sala trae a colación lo expuesto por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia

SL4744 de 2021 Rad. 77891 M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo, donde expuso lo siguiente:

“La prestación contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 permite a los afiliados que no alcanzaron a completar el capital necesario para generar la pensión de vejez en los términos del artículo 64 ibídem, acceder a la garantía de pensión mínima para lo cual, «[...] se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley», es decir, que deben contabilizarse los tiempos de servicio sin cobertura del ISS, según lo anteriormente explicado.

De otra parte, el art. 9° del Decreto 832 de 1996, prevé que cuando la AFP advierta que un afiliado reúne los requisitos previstos en el art. 64 de la Ley 100 de 1993, pero no puede acceder a una pensión de vejez por insuficiencia de capital en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva prestación con cargo a la cuenta de ahorro individual, «previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima».

El artículo 4 del mismo Decreto 832 de 1996 recopilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece:

Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.

Y en cuanto a la garantía de la pensión mínima, el artículo 83 de la Ley 100 de 1993 consagra que «La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima», amén que en los términos del artículo 2 del Decreto 142 de 2006, que modificó el artículo 9 del Decreto 832 de 1996, la AFP debe reconocer provisionalmente la pensión de vejez con cargo a los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, mientras se efectúa el reconocimiento del aporte de la Nación a través del Ministerio de Hacienda, o bien con cargo a sus propios recursos cuando el fondo de pensiones actúe negligentemente.”

Tenemos entonces que, el demandante cumplió con el requisito de la edad el 1 de julio de 2017. Ahora bien, observando la historia laboral aportada al expediente en el archivo “02 Demanda”, se tiene entonces que el demandante a noviembre de 2018, tenía cotizadas 1.316,7 semanas, pero dichas cotizaciones no cumplían con el umbral de financiación de 110% del salario mínimo mensual legal vigente, por lo que tenemos entonces, que el demandante cumple con los requisitos del artículo 65 de la Ley de 1993, para acceder a la Garantía Mínima de Pensión de Vejez.

Aunado a ello, observa esta Sala que el demandante interpuso solicitud de Garantía Mínima de Pensión de Vejez el día 21 de noviembre de 2018 a la entidad Colfondos S.A., como se observa en el expediente aportado a esta instancia en el archivo “06 Contestación demanda” folio 16, posterior a ello, en el mismo archivo del expediente pero a folio 48, observa la Sala la Resolución No. 18796 del 10 de diciembre de 2018 emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, en donde le reconocen a varias personas, incluyendo al demandante, el beneficio de la Garantía de Pensión Mínima conforme a lo establecido en el artículo 65 de la ley 100 de 1993 solicitado por la AFP Colfondos S.A., posterior a ello y a través de Resolución BP-R-I-L-41104-12-18 que reposa en el archivo “02Demanda” a folio 16, la entidad Colfondos S.A., le reconoce al demandante Garantía Mínima de Pensión de Vejez, teniendo como fecha de adquisición del derecho el día 01 de diciembre de 2018, por lo que no comparte esta Sala los argumentos esbozados por la apelante, en cuanto a que la demora de esa entidad para el reconocimiento y pago de la prestación social al demandante, se debió a demoras de terceros, en este caso a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, ya que esa última entidad emitió la resolución en donde le concedían el derecho a Garantía Mínima de Pensión de Vejez al demandante el día 10 de diciembre de 2018, por lo que no entiende esta Sala porque la entidad Colfondos S.A., le endilgó su mal proceder a un tercero y no incluyó en nómina, ni realizó los pagos correspondientes a las mesadas pensionales que le fueron otorgadas al demandante, cuando esa misma entidad le había ya reconocido el derecho a Garantía de Pensión Mínima de Vejez a través de Resolución BP-R-I-L-41104-12-18, con fecha de efectividad a partir del día 1 de diciembre de 2018.

Es por todo lo anterior que esta Sala concuerda con lo expuesto por el a quo en su decisión, ya que la entidad demandada debió reconocer y pagar mesadas pensionales al accionante desde el día 21 de noviembre de 2018, fecha en la que solicitó el reconocimiento y posterior pago de la Garantía Mínima de Pensión de Vejez y que fue concedida mediante Resolución BP-R-I-L-41104-12-18, que reposa en el archivo “02Demanda” a folio 16.

4. Causación y disfrute de la pensión.

Ahora bien, la jurisprudencia ha sido constante en señalar que la causación como el disfrute de la pensión, son dos figuras completamente disimiles. La primera se produce cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo caso, supone el cumplimiento de los supuestos y, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen.

Asimismo, a la luz de los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de la misma anualidad, la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional, pero será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma. De ahí que, esta norma exija la desafiliación por parte del afiliado para que entre a disfrutar el derecho pensional, porque tal como lo ha plasmado esta Judicatura en reiteradas oportunidades, puede pasar que una vez causado el derecho, el afiliado opte por seguir cotizando a fin de engrosar su monto pensional.

No obstante a lo anterior, ha precisado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que, si bien los citados artículos exigen la desafiliación del sistema para que pueda disfrutarse del derecho pensional, ante ciertas situaciones particulares, la aplicación de dichos preceptos debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen en el plenario, verbi gratia cuando confluyen el cese de cotización al sistema y la solicitud de reconocimiento de la pensión, deberá el juez entender que existió un retiro del sistema, aunque no se haya reportado esa novedad. Para reiterar lo dicho, basta traer a colación, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL- 085 de enero 26 de 2021, donde al respecto expuso:

“Pues bien, la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el alcance del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990,

aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, en el sentido de que esta disposición prevé que es necesaria la desafiliación del sistema general de pensiones para que el beneficiario de la pensión de vejez pueda comenzar a disfrutarla (CSJ SL 21 feb. 2005, rad. 24370 y CSJ SL 26 jun 2012, rad. 47639).

Sin embargo, sobre dicha regla, la Corte también ha establecido que es posible determinar una fecha diferente con anterioridad al retiro formal del sistema general de pensiones a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, cuando se presentan situaciones particulares y excepcionales que deben advertir los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia (CSJ SL163-2018, CSJ SL1353-2019 y CSJ SL5541-2019). Precisamente, en la primera de las providencias la corporación señaló:

En relación con el disfrute de la prestación de vejez o de jubilación, reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones (...).

No obstante, sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).”

Pues bien, para esta Sala tanto la causación como el disfrute de la pensión, en el sub examine, concurrieron el día 28 de noviembre de 2018, al no evidenciarse que el demandante haya seguido efectuando aportes a su favor, además de que él mismo realizó solicitud para reconocimiento y pago de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, el día antes mencionado.

5. De los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Por último, en lo que concierne a los intereses moratorios, sabido es que éstos se encuentran contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y se causan por la mora en el pago de las mesadas pensionales, una vez fenece el término gracia con que cuentan las administradoras para reconocer el derecho. Así las cosas, se elevó la correspondiente reclamación del derecho pensional el día 21 de noviembre de 2018, como se observa en el expediente aportado a esta instancia en el archivo “06 Contestación demanda” folio 16, la entidad Colfondos S.A., contaba con 4 meses para el reconocimiento y pago de la misma, por lo que ese término feneció el 21 de marzo de 2019, aunado a ello tenemos que la entidad demandada a través de Resolución BP-R-I-L-41104-06-19 volvió a reconocer al demandante pensión con fecha de efectividad a partir del 01 de junio de 2019 y, realizó el primer pago el día 25 de septiembre de 2019 a la cuenta del demandante, por lo que se tiene entonces que al demandante se le debió reconocer el derecho desde el día 21 de noviembre de 2018, con fecha de efectividad a partir del día 1 de diciembre de 2018, como fue reconocida en la primera Resolución BP-R-I-L-41104-12-18 que reposa en el archivo “02Demanda” a folio 16, es por ello que esta Sala concuerda con el a quo, en que la entidad demandada, deberá pagarle al demandante los intereses moratorios causados desde el día 21 de noviembre de 2018 hasta el 31 de mayo de 2019, por el no pago de las mesadas pensionales que esa entidad debía cancelar desde el día 21 de noviembre de 2018, como fue reconocido en la Resolución BP-R-I-L-41104-12-18 que reposa en el archivo “02Demanda” a folio 16, hasta el 31 de mayo de 2019 y hasta el momento en el que se efectuó el pago efectivo de las mesadas adeudadas, ya que a partir del 1 de Junio de 2019, observa esta Sala que iniciaron efectivamente los pagos de mesada pensional, como se concluye en los extractos bancarios aportados por el demandante en el escrito de demanda.

6. Conclusión.

Es por todo lo anterior que esta Sala colige que efectivamente al demandante le asiste el derecho a Pensión Mínima de Vejez a partir del día 21 de noviembre de 2018, como fue expuesto en acápites anteriores, por lo que deberá la entidad Colfondos S.A., pagar las mesadas adeudas y los intereses moratorios tal como se anotó en líneas antecedentes.

En ese orden, se confirmará la sentencia apelada, con imposición de costas a cargo de la accionada (COLFONDOS S.A) al haber réplica del recurso en esta instancia. Fíjense como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, (\$1.000.000) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 25 de marzo de 2021 emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 002 2020 00100 - 01, Folio 386**, promovido por **EDUARDO ENRIQUE ALVAREZ RUIZ** contra **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A, y a favor de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho

en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, (\$1.000.000).

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado