

**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°. 23-660-31-03-001-2019-00228-01 FOLIO 221**

MONTERÍA, SIETE (7) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 01 de Octubre del 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Sahagún, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NILFA MARIA RAMIREZ CHAVEZ contra SABANASALUD SAHAGUN S.A.S.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la actora se declare la existencia de contrato de trabajo con SABANASALUD SAHAGUN SAS, a término indefinido, desde el 01 de abril de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, el cual entre el 01 de febrero de 2019 hasta 31 de julio de 2019 se tornó en un contrato laboral a término fijo; éste último contrato se prorrogó por el término inicialmente pactado, es decir, por seis meses más; se declare el despido indirecto; consecuentemente se condene al pago de auxilio de transporte, diferencia salarial insoluta por concepto trabajos suplementarios (recargos, dominicales y festivos), prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización por despido indirecto, indemnización por no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, indemnización por no consignación de cesantías dentro del término legal.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, lo siguiente:

- Que suscribió contrato de prestación de servicio con SABANASALUD SAHAGUN SAS, desde el 01 de abril de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, desempeñando labores de auxiliar de enfermería.
- El 01 de febrero de 2019 suscribió contrato a término fijo, con duración de 6 meses, con la entidad demandada para ejercer el mismo cargo.

- Que prestó sus servicios en el municipio de Sahagún-Córdoba, de lunes a domingo, donde recibía órdenes, instrucciones, permisos y llamados de atención por parte de varias personas que representaban al empleador.

- Para la ejecución de dicha labor cumplía turnos asignados por la coordinadora de enfermería ISABEL MEZA CATALAN, comprendidos de la siguiente forma: corrido desde las 7am hasta las 7pm, noche desde la 7pm hasta la 7am, mañana desde la 7am hasta la 1pm, tarde desde la 1pm hasta la 7pm, entre otros, horario que incluía los domingos y festivos en jornada nocturna entre abril de 2018 hasta enero de 2019.

- El salario percibido fue el mínimo mensual legal vigente, sin devengar suma alguna por concepto de recargos de ley y/o horas extras, siendo acreedora de tal acreencia por haber laborado por fuera de la jornada ordinaria, por lo que se causó una diferencia salarial equivalente a \$1.209.538.

- Que desde el 01 de abril de 2018 hasta el 31 de enero de 2019 no le cancelaron el auxilio de transporte, prima de servicios, intereses sobre cesantías y vacaciones.

- En el servicio prestado en el año 2018 no fue afiliada a un fondo de cesantías y no le consignaron ésta acreencia prestacional dentro del tiempo límite legal, amén de que hasta el 12 de septiembre de 2019 le adeudaban los últimos cuatro meses de salario del año en mención.

- En atención a la demora en el pago de salarios decidió presentar el 16 de julio de 2019 carta de renuncia, solicitando pago de salarios y prestaciones sociales; el 18 de julio de 2019 presentó escrito complementando su renuncia, adicionando de forma puntual que su renuncia obedece al no pago de salarios y prestaciones sociales.

- Que prestó sus servicios hasta el 31 de julio de 2019 tal como lo manifiesta en la carta de renuncia.

- Finalmente relata que a la fecha de terminación del contrato y de la presentación de la demanda, no le han cancelado la liquidación definitiva y demás emolumentos que hace mención en hechos antecedes, así como el pago por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada SABANASALUD SAHAGUN, propuso las excepciones de mérito denominadas Inexistencia de la obligación, pago de lo no debido; argumentando que la actora desde el 01 de abril de 2018 hasta 31 de enero de 2019 fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios, que conforme a lo establecido en la ley 80 de 1993 no genera reconocimiento y pago de prestaciones sociales, sin embargo le fue cancelada las prestaciones sociales de ese periodo. Sustenta además que posteriormente a dicho periodo la actora fue contratada mediante contratos laborales, donde les fue cancelada sus prestaciones sociales.

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

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado declaró la existencia del contrato laboral entre la señora NILFA MARIA RAMIREZ CHAVEZ y SABANASALUD SAHAGUN S.A.S., desde el 01 de abril de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, declaró probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y PAGO DE LO NO DEBIDO; consecuentemente absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Inició considerando que la definición del contrato de trabajo se encuentra encaminado en dos enfoques, el primero referente al concepto tradicional establecido en el art. 22 del C.S.T., y el segundo el concepto real regulado consagrado en el art. 24 de la norma procesal en virtud del principio de supremacía de la realidad sobre las formas.

Señaló que el representante legal de la accionada entró en dicha institución en el mes de enero de 2019, donde encontró un personal contratado por contrato de prestación de servicios e inmediatamente, en un actuar de buena fe, contrató a dicho personal a través de contrato laboral y los ingresó a la nómina, por lo tanto, cuando la actora presentó su renuncia le pagaron las prestaciones sociales durante el tiempo que estuvo contratada por el contrato de prestación de servicios de abril de 2018 a enero de 2019; además, la institución pasó por momentos difíciles a niveles financieros y en aras de evitar un proceso judicial reconoció en favor de la actora el contrato de prestación de servicios y le fue cancelada todas sus acreencias laborales.

Sustentó que de las pruebas recaudadas se puede extraer que la actora laboró en favor de la entidad accionada como auxiliar de enfermería desde el 01 de abril de 2018 hasta el 31 de julio de 2019 día en que presentó la renuncia; asimismo evidenció en las documentales obrantes en el expediente que devengaba un salario de \$1.054.886, compuesto por el salario básico más el auxilio de

transporte, sobre dicho salario le realizaban los descuentos de salud y pensión, se avista además soporte de pago por concepto de liquidación del tiempo laborado desde el 30 de enero de 2018 hasta el 30 de enero de 2019, del mismo modo le fue cancelado a la actora las prestaciones sociales del tiempo laborado del 30 de enero de 2019 hasta el 30 de julio de 2019, por lo tanto quedó demostrado que la parte demandada canceló todas las prestaciones sociales reclamadas por la actora,

Argumentó que no hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, debido a que la actora renunció el día 31 de julio de 2019, pues no obra prueba alguna que la causa de la renuncia hubiese sido otra.

En lo atinente a la sanción moratoria, consideró que no se evidenció la mala fe de la institución demandada, puesto que cambió la modalidad contractual de contrato de prestación de servicios a contrato laboral a término fijo junto con el pago de sus prestaciones de ley.

Finalmente, concluye que las horas extras no son procedentes, puesto que no fueron demostradas pese a que el testigo ALVIS HERRERA indico que la actora laboraba horas extras nocturnas y dominicales y sobre el auxilio de transporte precisó, emolumento que se otorga al trabajador para el desplazamiento de lugar de domicilio al lugar de trabajo donde existe servicio público formal, consideró que en el Municipio de Sahagún no hay estructurado un sistema público formal, por lo tanto el empleador no se encontraba obligado a pagar dicho concepto y a pesar de ello la entidad le cancelaba el auxilio de transporte.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Manifiesta la actora su inconformidad frente a la sentencia, resaltando su desacuerdo con el aspecto de valoración probatoria, puesto que el *a quo* examinó unos comprobantes de pagos que no fueron aportados oportunamente al proceso de los cuales no le corrieron traslado.

En cuanto a la consideración de que la parte demandada canceló la totalidad de prestaciones sociales, seguridad social y demás emolumentos reclamados, solicita que tales documentos que soporten dichos pagos sean examinados.

Indica que si bien es cierto el juzgador reconoció la existencia de un contrato de trabajo en el primer periodo desde abril de 2018 hasta enero de 2019, valoró pruebas que fueron presentadas extemporáneamente, confundiendo además el pago de prestaciones sociales con los pagos por concepto de salarios, es decir, que no han sido cancelado la totalidad de los salarios, prestaciones y la seguridad social, inclusive para el tema de recargos y trabajo suplementario no fue tenido en cuenta el material probatorio aportado en medio documental en donde se aportaron unas planillas donde esta soportado todo el tiempo laborado como trabajo suplementario, aunado a que los pagos

probados por el *a quo* no determinó con exactitud a qué corresponden.

Sustentó que si bien la actora presentó carta de renuncia, en donde se indicaron expresamente las razones que dieron motivo a tal renuncia, ante el incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones legales, convencionales y contractuales por el no pago oportuno de salarios, prestaciones sociales, seguridad social, configurándose el despido indirecto.

Finalmente con la sanción por no consignación de cesantías ante un fondo privado indica que no se realizó la valoración de la afiliación de las cesantías, y que a la terminación laboral se debe cancelar todas sus prestaciones sociales, por tanto es procedente su reconocimiento.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante.

La parte demandante reitera su desacuerdo en cuanto al material probatorio que reposa en el expediente, el cual no fue conocido por ella, puesto que no se corrió traslado de tales probanzas, como son los comprobantes de pago y transacciones realizadas a favor de la demandante, situación que desconoció el operador judicial en ejercicio de su deber y obligación de garantizar a las partes el derecho al debido proceso, a la defensa y contradicción, pruebas que valoró el juzgador para resolver el problema jurídico pese a que no fueron aportados en la etapa procesal correspondiente (contestación de la demanda) y que no fueron puestos en su conocimiento.

Señala además que dichas pruebas documentales no ofrecen suficiente claridad de los conceptos que fueron cancelados, pues si bien recibió dichos pagos éstos correspondían a salarios insolutos, y no a conceptos de prestaciones sociales, por tanto erró el juzgador al considerar que con tales soportes se acreditaba el pago total de las sumas pretendidas.

En cuanto al despido indica que se encuentra probado con la renuncia presentada por la actora donde señaló que el motivo obedecía a que la entidad demandada adeudaba salarios y prestaciones sociales, razón por la cual decidió terminar el contrato de forma unilateral ante el incumplimiento sistemático de las obligaciones a cargo del empleador.

Ahora bien, como quiera que las partes celebraron un contrato de trabajo a término fijo por seis meses desde el 01 febrero de 2019 hasta el 31 de julio de 2019 y teniendo en cuenta que no existió aviso de prórroga, dicho contrato se prorrogó autoicamente por el término inicialmente pactado, con fecha final el 31 de enero de 2020, sobre éste periodo se debió liquidar la respetiva indemnización.

En lo que respecta a la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T., que al no ser cancelado las prestaciones sociales y salarios insolutos oportunamente a la terminación del vínculo laboral, el cual quedo demostrado en el proceso puesto que la demandada hizo pagos inclusive con

posterioridad a la presentación de la demanda, situación que carece de la buena fe, por lo cual el *a quo* incurrió en error de trasladar la carga probatoria a la demandante de probar la mala fe del accionado, cuando dicha carga debe asumirla el empleador incumplido, al respecto el empleador demandado justificó su conducta ante las deudas que presentaban sus acreedores, justificación que no representa validez en materia laboral.

Referente a la sanción por no consignación de cesantías ante un fondo, argumentó que está demostrado la no afiliación a un fondo de cesantías, ni tampoco se acreditó pago de las mismas a más tardar el 14 de febrero de 2019, teniendo en cuenta que el contrato laboral inició el 01 de abril de 2018 bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y del 01 de febrero de 2019 hasta el 31 julio de 2019 la relación laboral estuvo regida mediante un contrato de trabajo a término fijo.

Atendiendo a lo anterior, concreta su sustentación en que el juzgador erró al manifestar que la actora reconoció haber recibido pagos por prestaciones sociales cuando realmente no fue escuchada en declaración de parte y que además no fue aplicada la consecuencia procesal al no asistir la parte demandada a la audiencia prevista en el art. 77 del CPL y de la S.S.

5.2. Por su parte SABANASALUD SAHAGÚN, manifiesta estar de acuerdo con la decisión de primera instancia, aclarando que las pruebas extraprocesales que menciona la parte apelante a la que no tuvo derecho de contradecir y que resulta ser violatorio al debido proceso no se catalogan bajo esa premisa, puesto que tienen la calidad de ser integrantes del interrogatorio de parte evacuado por la parte demandada conforme a lo establecido en el art. 203 CGP.

En lo tocante al tema de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST, precisó que no es de aplicación automática, puesto que se requiere observar las circunstancias que ocasionaron el posible pago tardío de prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral y demostrarse la mala fe del demandado, conducta que no fue demostrada en el proceso.

Finalmente fundamentó en lo relacionado al reconocimiento de la parte actora en haber aceptado que recibió pagos por concepto de prestaciones sociales, el *a quo* en su independencia en apreciaciones probatorias y de sana crítica fue extraído en la diligencia procesal sin objeción alguna por las partes.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si erró el fallador de primera instancia al valorar pruebas documentales arrimadas por el accionado, al parecer de forma extemporánea, y con fundamento en ellas concluir el pago de las acreencias laborales reclamadas; (ii) Si se configuró despido indirecto y se torna procedente indemnización correspondiente a la prórroga del contrato; (iii) procedencia de la sanción moratoria del art. 65 del CST y sanción por no consignación de cesantías ante un fondo privado.

6.3. En aras de desatar el primer problema jurídico planteado, iniciemos por precisar sobre la oportunidad para aportar pruebas dentro del proceso ilustró la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 13682 del 27 de julio de 2016, MP Dr Gerardo Botero Zuluaga, lo siguiente:

“Cabe recordar, que de conformidad con el art. 60 del CPT y SS, «El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo». De ahí, que como lo prevé la citada normativa, allegar a tiempo las probanzas, implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder, antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal. Por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones, para que se les imparta valor probatorio y se tengan en cuenta en la decisión de fondo.

Sobre este puntual tema de aportación de pruebas en tiempo y en legal forma, en sentencia de la CSJ, SL 30 mar. 2006, rad. 26.336, que fue reiterada en decisiones SL 12 nov. de igual año, rad. 34267, y SL5620-2016, 27 abr. 2016, rad. 46209, se dijo:

Los jueces están obligados a proferir su decisión apoyados únicamente en las pruebas que regular y oportunamente se han allegado al proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, y a su vez para que una prueba pueda ser apreciada deberá <solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos o oportunidades señalados para ello> conforme lo enseña el artículo 183 ibídem.

Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que reza: <El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo>.

Así las cosas, importa destacar que una prueba es inexistente o más bien inoponible en la medida que no sea debidamente incorporada al proceso, esto es, de manera regular y en tiempo, dado que no basta con que una de las partes en forma desprevenida o

extemporánea la hubiera allegado y que como consecuencia de ello obre en el expediente, para que el juzgador pueda válidamente considerarla e impartirle valor probatorio al momento de proferir la decisión de fondo, pues en estos casos se requiere del pronunciamiento previo del juez de conocimiento en relación a su aportación, a efecto de cumplir con los citados principios y por ende con el debido proceso al tenor del artículo 29 de la Carta Mayor.

Lo dicho significa, que no es viable la apreciación de una prueba inoportunamente allegada y menos que no hubiese sido decretada como tal en alguna de las etapas procesales prescritas para esos específicos fines, puesto que permitirlo, sería ir en contra del mandato de la mencionada norma constitucional que señala como <nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso>”.

Lo anterior se torna de gran importancia por cuanto en el caso estudiado la parte apelante se duele de que el juez de primera instancia tuvo por pagadas las acreencias laborales reclamadas en el libelo demandatorio, con fundamento en pruebas allegadas de forma extemporánea y sin surtir el correspondiente traslado, es decir, entiende la Sala sin dar la oportunidad a la parte actora de conocerlas, lo que torna necesario remitirnos a las actuaciones surtidas dentro del proceso, en especial a la segunda audiencia de trámite evacuada en primera instancia el 22 de septiembre de 2020.

En la audiencia anunciada se evacuó el interrogatorio de parte al representante legal de la parte accionada, señor DUVER CEPEDA, quien en su relato aseguró haber pagado a la demandante acreencias laborales como cesantías, vacaciones, intereses a las cesantías, primas de servicio y compensación por seguridad social, y en su intervención le indica al operador judicial que puede aportar documentos, planillas de pago y liquidación, enviándolas de forma inmediata al correo del juzgado por autorización del juez otorgada de forma verbal en la misma audiencia y confirmándose de forma inmediata en ella, la recepción por el juzgado de conocimiento.

Ahora bien, es claro que los citados documentos no fueron arrimados en las oportunidades que la ley concede en este caso al accionado, es decir, con la contestación a la demanda, contestación a la reforma de la demanda, o en el transcurso del proceso por no tenerla en su poder y hubieran sido solicitadas y decretadas. Así mismo, no queda a la Sala de que tampoco se cumplen los parámetros dispuestos en el inciso 8° del artículo 203 del C.G.P. cuando prescribe para la práctica del interrogatorio que *“La parte al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos...”* pues si atendemos al mismo dicho del accionado y las documentales que fueron arrimadas, no se trataba de dibujos, gráficos o representaciones que buscaran explicar o ilustrar el relato del demandado sino, por el contrario, como él mismo interrogado lo indicó, pruebas contentivas de planillas, extractos bancarios y planillas de pago.

No obstante lo anterior, no es cierto que el apoderado de la parte actora haya desconocido esta actuación o no hubiera tenido la oportunidad para controvertirla, pues al examinar el video de la

audiencia en que se arrimaron las pruebas, queda evidenciada su presencia a lo largo de ella, sin que mostrara en la oportunidad en que se permitió allegar las pruebas y antes de que se precluyera la etapa correspondiente a la práctica de pruebas, inconformidad alguna, incluso llama la atención que al exponer sus alegatos de conclusión en la misma audiencia, indicó que el despacho debería comprobar con la prueba documental si se pagó el 100%", quedando al descubierto no solo que contó el apelante con la oportunidad para controvertir lo que hoy expone en el recurso de alzada en la oportunidad que la ley igualmente le otorgaba, es decir, en la etapa de práctica de pruebas, más no lo hizo y por el contrario avaló el actuar del A-Quo al indicar en sus alegatos debía examinar si con las referidas pruebas se acreditaba el 100% de todos los pagos reclamados.

Lo expuesto no es óbice para entrar a determinar si las pruebas aludidas en párrafo anterior ofrecen claridad de los conceptos cancelados y corresponden a los salarios y prestaciones sociales reclamados, y que a sentir del apelante no resultan claros y solo corresponden a salarios, pero sin que exista duda para la Sala de que fueron cancelados con posterioridad a la terminación del contrato atendiendo lo expuesto por la parte accionada en respuesta a los hechos 3° y 15 de la demanda, al sostener *"Es cierto, se le cancelaron las prestaciones y las mensualidades que se le adeudan, antes de que se notificara esta demanda..."*, y *"se le canceló antes de la notificación de la demanda"*, confirmado por el mismo representante legal de la accionada dentro del interrogatorio que absolvió al precisar que le fueron cancelados a la demandante por el tiempo laborado una suma total de \$2'200.000,00 a través de transferencia electrónica a la cuenta de bancolombia realizada el 17 de octubre de 2019.

Pues bien, las pruebas aludidas y aportadas en el interrogatorio de parte del accionado aparecen relacionadas en el expediente digital como "transferencias bancarias", y entre ellas se observan estados de cuenta emitidas por BANCOLOMBIA donde se evidencian transferencias realizadas de la cuenta de la entidad con destino *"pago a nómina"* de la actora por la suma de \$2'200.000,00 realizada el 17 de octubre de 2019; así mismo reposa una transferencia por la suma de \$1'311.569,00 realizada de la misma forma el 8 de octubre de 2019; además transferencia realizada el 7 de septiembre de 2019 por la suma de \$1'742.881,00 y transferencia por la suma de \$988.637,00 efectuada el 29 de julio de 2019; amén de que se observan consignaciones efectuadas el 1° de abril de 2019 por la suma de \$1'076.925,00 y el 23 de agosto de 2019 por valor de \$1'742.881.

Si tomamos en consideración que el fallador de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo entre los sujetos procesales en contienda del 1° de abril hasta el 31 de julio de 2019, habrá de concluirse que los pagos realizados por transferencia en la suma de \$988.637,00 efectuada el 29 de julio de 2019 y la consignación del 1° de abril de 2019, no corresponden a los valores reclamados en la demanda, es decir, a salarios de los últimos 4 meses laborados del año 2019 y las prestaciones sociales correspondientes al lapso de labores comprendido del 1° de abril de 2018 al 31 de enero de 2019, y del 1° de febrero de 2019 al 31 de julio de esa misma anualidad. Destacando además que las colillas de pago arrimadas por el accionado por los meses de febrero a julio de 2019 carecen de firma de la actora.

Cabe destacar además que en el interrogatorio absuelto por el representante legal de la accionada, fue claro al informar que cuando la actora renunció la institución pagó por el tiempo de prestación de servicios de abril de 2018 a enero de 2019 las sumas de: \$325.518,00 por vacaciones; \$652.090,00 por cesantías; intereses a las cesantías por la suma de \$58.668,00, y prima de servicios por valor de \$652.090,00, además de la liquidación por el resto del tiempo laborado en el año 2019 por valor de \$145.633,00, es decir, el periodo del 1° de febrero al 31 de julio de 2019, y una denominada compensación en seguridad social por la suma de \$365.982,00, lo que en verdad arroja la suma de \$2'200.000,00 que coincide con la transferencia que por ese valor fue realizada el 17 de octubre de 2019,

Hay que destacar que el apoderado de la parte accionante indicó en los alegatos que las sumas pagadas con posterioridad a la terminación del contrato corresponden a salarios más no a prestaciones sociales, dejando de presente que estas aún se adeudan; no obstante, contrario a esto, el testigo traído por la actora fue contundente en precisar que se le pagaron los salarios básicos en el desarrollo del contrato y hasta la fecha en que aquél laboró, que fue el 28 de febrero de 2019, además de que el representante legal confesó que habían salarios pendientes de pago a la actora a la fecha de la renuncia, lo que nos lleva a concluir que los restantes pagos acreditados como efectuados a la culminación del contrato de trabajo, obedecen a los salarios reclamados, nos referimos a la transferencia realizada por la suma de \$1'311.569,00 el 8 de octubre de 2019; la realizada el 7 de septiembre de 2019 por la suma de \$1'742.881,00 y consignación efectuada el 23 de agosto de 2019 por valor de \$1'742.881, y si a ello añadimos que dentro de la demanda se indicó que el salario devengado por la actora era el mínimo legal mensual vigente, sin duda alguna las sumas antes anotadas superan el valor de las cuatro (4) mensualidades que se reclaman.

Finalmente se detalla de las documentales allegadas por el accionado en el interrogatorio, planillas de pagos de aportes a seguridad social de febrero a agosto de 2019, por lo que nada se adeuda por ese concepto.

6.4. En cuanto al despido indirecto del que dice fue objeto la actora, se advierte que en los hechos indica inicialmente que presentó renuncia el 16 de julio de 2019 y posteriormente pasó una nueva comunicación informando a su empleador que la renuncia obedecía al no pago de salarios y prestaciones sociales, y si nos remitimos a las pruebas allegadas al proceso salta a la vista la primera misiva donde la demandante expresa:

“Por medio de la presente le comunico que estaré trabajando con ustedes hasta el día 31 del mes de julio 2019. Le agradezco y me cancelen oportunamente los meses que me deben”

Y en la segunda misiva expresó: ***“... mediante la presente me permito dar alcance al escrito radicado en sus oficinas el día 16 de julio del 2019 y al interior del cual manifesté que renunciaba***

al cargo que venía desempeñando en favor de su empresa a partir del día 31 de julio de la anualidad en curso.

Como quiera que el vínculo laboral no ha finalizado, quiero colocar de presente de forma expresa y para todos los efectos legales, que mi renuncia obedece al incumplimiento sistemático y sin razones válidas de las obligaciones legales y contractuales a cargo de ustedes en calidad de empleador, haciendo referencia con ello al no pago de salarios y prestaciones sociales, lo cual inclusive precisé dentro del memorial radicado en sus oficinas el día 16 de julio del 2019”

Lo anterior pone al descubierto que la trabajadora presentó renuncia a su empleador el 16 de julio de 2019 y estando aún en el desarrollo del contrato, el 18 de ese mismo mes y año, pone en su conocimiento la justa causa de la terminación del contrato, cual es el incumplimiento sistemático de sus obligaciones por el retraso u omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales, que dicho sea de paso, fue planteado, aunque no con las mismas palabras, en la primera misiva, y se encuentra acorde con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del CST que reza:

“PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”. Se destaca.

Por tanto la omisión del pago de salarios y prestaciones sociales que indicó la actora se le adeudaban en las misivas remitidas al empleador en desarrollo del contrato, sin lugar a dudas constituye causa justificativa de la terminación del vínculo contractual por parte del trabajador, acorde con lo precisado por la Sala de Casación Laboral cuando, al referirse a las cargas probatorias en asuntos como el estudiado, precisó en sentencia SL 417 del 27 de enero/21, radicado 71672, MP Dr Ivàn Mauricio Lenis Gómez, lo siguiente:

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

Sobre el incumplimiento sistemático de las obligaciones, la Sala de Casación Laboral sostuvo en sentencia SL 18623-2016, Radicación 45760, MP Dr Gerardo Botero Zuluaga:

“En lo que tiene que ver con el «incumplimiento sistemático» que refiere la codificación laboral, tanto en las justas causas para dar por finalizado un contrato de trabajo por parte del empleador como del trabajador, conviene traer a colación lo expresado por la Sala en sentencia de la CSJ SL, 11 may. 2006 rad. 26951, reiterada en un caso análogo de despido indirecto SL, 9 ag. 2011, rad. 41490, en la que sostuvo:

*(...) Con todo, al margen de lo anterior, es de agregar que la interpretación del Tribunal sobre la **causal de despido indirecto** que tiene que ver con <El incumplimiento **sistemático** sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales y legales>*

contenida en el **ordinal 6° del literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965**, y que lo llevó a concluir que la conducta de la empleadora no se enmarcaba dentro de esa causal para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de los trabajadores demandantes, al estimar que en el sub lite, fuera de que mediaban razones valederas para haberse atrasado el empleador en el cubrimiento de sueldos en algunos periodos, <La mora en el pago de los salarios nunca fue **reiterada**>, queriendo significar que el incumplimiento debe ser continuado y no ocasional para que se configure la causal; no va en contravía a lo adoctrinado por esta Sala de la Corte sobre el tema, en donde al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) de ese mismo ordenamiento, que tiene plena aplicación para esta eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo “sistemático”, en sentencia del 6 de junio de 1996 radicado 8313, puntualizó: <(…) Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inexecución de las obligaciones legales o convencionales **sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir**” (resalta la Sala)>.

Por tanto, habría de concluirse que en el caso estudiado hubo por parte del empleador un incumplimiento sistemático en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la demandante, pues acreditado está que luego de la terminación del contrato de trabajo el 31 de julio de 2019, efectuó el pago de 4 meses de salario y la liquidación final por todo el período laborado, denotando que no hubo un pago oportuno de aquellos.

En ese sentido la Sala de Casación Laboral en la SL 1082-2020, Radicado 64090, MP Dr Martín Emilio Beltrán Quintero, sostuvo:

“En ese orden de ideas, la omisión continua de la demandada en el pago de tres meses de salario, se enmarca en un incumplimiento sistemático, pues fue «regular, periódico o continuo», máxime si se tiene en cuenta que no puede obligarse al trabajador a permanecer en un contrato de trabajo cuando no obtiene la contraprestación de sus servicios, de ahí que, ante esta circunstancia, la ley haya habilitado al trabajador para terminar su relación por justa causa imputable a su empleador.

Al respecto, en un caso de similares contornos, en el cual, como aquí ocurre, el trabajador reclamó la indemnización por despido indirecto y en el proceso quedó plenamente acreditado que no se la habían cancelado tres meses de salario, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 27 feb. 2013, rad. 36182, indicó lo siguiente:

“No obstante, si se analiza la cuestión con los argumentos desplegados por el recurrente y dando por cierta la existencia y contenido de cada uno de los documentos que reporta en la demanda de casación, se encontraría que no tiene razón cuando da a entender que no se configuró la justa causa para la terminación del contrato, debido a que la omisión no fue grave y hubo razones válidas para la misma, porque aceptada una deuda de por lo menos tres meses de salario, tal situación por sí sola es dable calificarla como grave dado el carácter vital del salario y su condición de derecho fundamental en tanto está destinado a satisfacer las necesidades de manutención del trabajador y su familia. El atraso en el pago de tres meses de salario supone una situación difícil e insostenible para el empleado asalariado, en tanto hay que partir del hecho cierto de que este vive y se mantiene con el producto de su trabajo a favor de otro. Y no resulta de recibo que se arguya que las dificultades económicas que afectan al empresario puedan restarle la condición de gravedad de este incumplimiento, en tanto la misma se califica desde la perspectiva del trabajador y no del patrono. La gravedad de la conducta patronal se acentúa en el sub lite si se tiene en cuenta que además de la demora prolongada en el pago de salarios, se presenta la misma situación en el pago de los aportes a la seguridad social, con los consecuentes perjuicios que ello puede acarrear, entre otros el riesgo de la falta de atención en materia de salud.

(Subraya fuera de texto)

En suma, en el sub lite se encuentran demostradas las razones o circunstancias que invocó el actor para dar por finiquitado el vínculo que los ató, conforme al numeral 6 del literal b) del artículo 62 del CST, lo cual hace procedente su condena”.

Lo expuesto tornaría acertada la indemnización invocada, sin embargo la misma abarcaría el período restante del contrato, pero de las pruebas aportadas se desprende el último contrato suscrito entre los sujetos procesales que lo fue a término fijo de seis meses, iniciado el 1° de febrero de 2019 y se extendía hasta el 31 de julio de 2019, es decir, el contrato culminó en la misma fecha en que se hizo efectiva la renuncia, sin que sea de recibo el argumento del apelante en el sentido de que el contrato estaba prorrogado.

6.5. Se duele el accionante de haberse exonerado al accionado del pago de las sanciones moratoria y por no consignación de las cesantías en un fondo.

Es dable precisar que se ha probado el pago tardío que hiciera la parte accionada de salarios y prestaciones sociales a la actora, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato, siendo el último pago el realizado el 17 de octubre de 2019 mientras que el vínculo laboral culminó el 31 de julio de esa anualidad.

Reiteradamente los precedentes jurisprudenciales indican que la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. no opera de forma automática, debiendo el fallador examinar la conducta del empleador que conllevó la omisión de su deber; sin embargo, en el caso estudiado la parte accionada justifica la omisión del pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato que lo unió a la actora, en la crisis financiera que atravesaba la entidad, especialmente por la liquidación de su acreedor EPS COMFACOR.

Sobre la aplicación de la sanción en comento se precisó en sentencia SL-2617 del 02 de junio de 2021, radicación n° 77311, M. P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador:

“Ya ha adoctrinado esta Corporación, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso a la condena (SCL SL194 de 2019 y SL593-2021).

De otra parte, el precedente de la Sala de Casación Laboral impone al juez un examen acucioso del material probatorio y determinar el elemento subjetivo de la conducta del empleador, así se dijo en sentencia SCL SL194 de 2019 que:

Ahora bien, aun cuando se admitiera la inoperancia del criterio jurisprudencial, la sanción moratoria solo puede descartarse mediante un examen acucioso del material probatorio y la demostración de la buena fe patronal. Por tanto, si de las circunstancias fácticas se colige que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello, debe ser absuelto por dicho concepto, pues la existencia de una verdadera relación laboral no trae consigo la imposición de la sanción, ya que, como se subrayó, su naturaleza sancionatoria impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo.

Es así como se puede concluir que el reconocimiento de la indemnización moratoria no es automático y que para efectos de determinar su procedencia corresponde al juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de sus obligaciones laborales (CSJ SL18619-2016 y CSJ SL825-2020, CSJ SL965-2021)."

Frente al no cumplimiento de las obligaciones del empleador con fundamento en la crisis financiera de los empleadores, ha precisado la misma Corporación que no pueden ser consideradas como actuación de buena fe; así lo expuso en proveído SL1885 del 11 de mayo de 2021, radicación 86438 con ponencia de la Dra. Dolly Amparo Caguasango Villota:

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

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

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

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

Por tanto, la justificación expuesta por la accionada en el sub examine no puede ser considerada como obrar de buena fe y por ello es procedente la sanción moratoria deprecada; como la actora devengó la suma de un salario mínimo legal mensual, la sanción corresponderá a la suma diaria de \$27.603,86 pagadera desde el 1° de agosto de 2019 al 17 de octubre de esa misma anualidad, ello por cuanto el salario mínimo para el año 2019 ascendía a \$828.116,00 y porque, reiteramos, el último pago realizado por el empleador a la demandante lo fue el 17 de octubre de 2019.

En ese mismo sentido se advierte que la accionante deprecia el pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, de la cual precisó en sentencia SL-859 del 24 de febrero de 2021, radicación n° 85856, M.P. Dra, Clara Cecilia Dueñas Quevedo que:

"Para resolver el punto puesto a consideración de la Sala, inicialmente ha de recordarse que la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tiene carácter eminentemente

sancionatorio, toda vez que se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, de consignar las cesantías en un fondo previsto para tal fin.”

No acreditó la demandada haber realizado las consignaciones por este concepto, aún más, no se ha probado la afiliación de la actora a un fondo de cesantías, por lo que, trayendo a colación los mismos argumentos constitutivos de mala fe expuestos para la sanción moratoria, ha de salir avante la sanción por no consignación de cesantías causadas del 1° de abril de 2018 al 31 de diciembre de esa misma anualidad, siendo obligación del accionado haberlas consignado a más tardar el 14 de febrero de 2019, por lo que la referida sanción corresponderá a una día de salario (**\$27.603,86**) diario a partir del 15 de febrero de 2019 al 31 de julio de 2019, por cuanto a la terminación del contrato que fue en esta última data, lo que corre es la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T.

Las consideraciones precedentes llevan a la Sala a revocar parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar imponer las condenas por las sanciones previamente aludidas.

6.6. Finalmente, se advierte no es la oportunidad en esta instancia de exigir la aplicación de la sanción prevista en el artículo 77 del C.P.L ante la inasistencia del accionado a la audiencia de conciliación, que a sentir del apoderado de la parte actora no tuvo en consideración el fallador de primera instancia, pues si bien de los audios se extrae que el citado apoderado puso de presente esa anomalía al juez dentro de la primera audiencia de trámite y al momento de evacuarse la etapa de conciliación, y que el juez le indicó daría al accionado el término de tres días para justificar su inasistencia, transcurrió el término sin que se instara al operador judicial para aplicar la referida sanción, siendo imprescindible que se determinara de forma exacta los hechos que se considerarían confesos, como no se hizo así, no es viable hacerlo en esta oportunidad.

6.7. Costas. No se impondrán costas en esta instancia por cuanto la alzada solo fue favorable parcialmente a la parte actora, acorde con el numeral 5° del artículo 365 del C.G.P

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 TERCERO (3°) de la parte resolutive de la sentencia apelada, el cual quedará así:

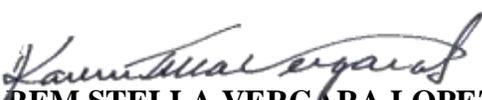
CONDENAR a la accionada al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T en la suma diaria de **\$27.603,86** pagadera desde el 1° de agosto de 2019 al 17 de octubre de esa misma anualidad; así mismo al pago de la sanción por no consignación de cesantías en un fondo en la suma diaria de **\$27.603,86** a partir del 15 de febrero de 2019 al 31 de julio de 2019.

SEGUNDO: CONFIRMESE la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-002-2021-00065-01 FOLIO 409-2021**

MONTERÍA, SIETE (7) DE JUNIO 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 PORVENIR S.A.S contra la sentencia pronunciada en audiencia del 26 octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HECTOR FABIO AGUIRRE GONZALEZ, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora HECTOR FABIO AGUIRRE GONZALEZ, 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 PORVENIR, efectuado el 1° marzo de 2001. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR 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 recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Nació el 26 de junio de 1960.

- A partir del 08 de noviembre de 1989 se vinculó laboralmente con la empresa EXPRESO BRASILIA S.A, mediante el cual se afilió AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA en pensiones administrado por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES
- En enero de 2001 se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS, afiliándose a PORVENIR S.A.
- En la fecha en que consolidó su traslado al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, por conducto de PORVENIR S.A, esta sociedad NO le informó con documento alguno acerca de las consecuencias negativas y dañosas de dejar el Régimen de Prima Media y hacer efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, no le advirtió 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS.
- Que el 04 de marzo de 2020 presentó solicitud de traslado de régimen pensional a COLPENSIONES, la que fue rechazada en misiva del 04 de marzo de 2020 donde COLPENSIONES informa que la información consultada indica que se encuentra a 10 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. PORVENIR propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación.*

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, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; 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, atendiendo la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo el señor HECTOR FABIO AGUIRRE GONZALEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad en PORVENIR el 31 enero de 2001, con efectividad a partir del 1° de marzo de 2001, por lo que las cosas vuelven a su estado anterior, como consecuencia de esa falta de información se da la ineficacia de ese traslado. Por lo anterior, condenó a PORVENIR S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliado, los gastos de administración que le descontaron al accionante y lo demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, indicó que el actor conservará la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PORVENIR

Aduce Porvenir S.A que, atendiendo que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Casación Laboral conceptuó que se no puede obviar el consentimiento informado para una libre escogencia de un régimen pensonal, este se materializó con la solicitud de afiliación de traslado de régimen, es decir, que es un documento obligatorio para ese tipo de procedimientos administrativos, lo anterior conforme al artículo 114 de la ley 100 de 1993.

En cuanto a los gastos de administración, precisa que acorde con el artículo 113 de ley 100 de 1993, el legislador no incluye los gastos de administración al momento de traslado de

régimen pensional, amén de que, gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida; así mismo que la Superintendencia Financiera de Colombia bajo el concepto radicado No 2019152169003000 del 15 de enero de 2020, indicó que no es dable el retorno de los dineros como Prima de Seguro Previsional y comisión de administración, como quiera que el porcentaje de la prima de seguro previsional ya fue sufragado y la compañía de seguros cumplió con un deber contractual de mantener una cobertura vigente durante una póliza respecto de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, por lo que se produce un grave perjuicio a este.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que el acto de traslado 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 el demandante. Como se evidencia en el presente caso, el consentimiento del señor HECTOR FABIO AGUIRRE GONZALEZ, se produjo de manera voluntaria, libre, siendo la única manera de desvirtuar esta regla la existencia de una fuerza que viciara el mismo, aspecto que no se evidenció.

Concluye que no se puede pretender traslado a Régimen de Prima Media cuando el demandante se encuentra afiliado válidamente a Porvenir, además, tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de retracto, no obstante, nunca lo ejerció. El afiliado 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. Solicita que se absuelva en imposición de condena de costas en consideración que fue ajena a dicho negocio jurídico.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“(..) Si bien, no estamos conforme que Colpensiones se vea inmerso en la declaratoria de nulidad o ineficacia del acto de traslado y con ello tenga que asumir las consecuencias

jurídicas deprecadas en la presente sentencia, lo anterior teniendo en cuenta como primer punto a reiterar que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que en el intervinieron y como se pudo evidenciar COLPENSIONES, fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que el demandante accediera al cambio de administradora, constituyéndose en un acto libre, autónomo y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo al que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada. Como se ha reiterado el acto de afiliación o traslado, se constituye en un contrato, que se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones, tal como se lee y se interpreta para este caso en particular del art. 1495 del Código Civil, que indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula. En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula.

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

(...)

Por otra parte, en cuanto a la condena en costas nos oponemos a la misma puesto que mi apadrinada durante el transcurso del proceso, actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe y sumado a ello dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, es decir, no hay facturas, soportes de pago, viáticos, entre otros que demuestren que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte demandante. Recordemos que las costas son aquellos gastos en que incurren una parte por razón del proceso, y en el caso que nos ocupa se reitera no hay prueba alguna aportada por el demandante que acredite que efectivamente hubo un gasto. Al respecto el artículo 365 del código general del proceso en su numeral 5, establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, lo que en el caso que nos ocupa, no ocurre pues no hay prueba que indique el gasto en que incurrió la parte demandante. “

5.2. ALEGATOS PORVENIR S.A

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

(...)

Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO,

pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

(...)

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 20 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

(...)

Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

(...)

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse”.

5.3. ALEGATOS DEMANDANTE

“Es importante recalcar que las administradoras tienen la obligación de proteger el derecho a la información que tienen todas las personas del sistema, buscando siempre obtener la mayor

claridad en la información, respecto a las condiciones de dicho cambio y de suministrar el conocimiento no solamente de la parte favorable de ese régimen sino también de todo lo que puede serle lesivo en el suceso que a persona decida afiliarse o trasladarse.

No basta tampoco con que las AFP generen el traslado hacia COLPENSIONES, se trata además de condenar a la demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se evalúan en lo que le habría corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida.

Igualmente, Colpensiones debe actualizar sus bases de datos e incorporar al demandante como afiliado al sistema de tal forma que efectivamente no exista la solución de continuidad, sino que por el contrario quede toda su información agregada y actualizada en semanas cotizadas en su vida laboral o como cotizante de no hacerlo estaría incumpliendo una obligación de hacer y de no pagar las condenas en costas estaría incumpliendo su obligación de dar.

Por no acreditar el cumplimiento de haber dado asesoría integral y adecuada al demandante las demandadas deben ser condenadas con base en precedente citados.

Todo lo anterior, conlleva a ratificar la sentencia de primera instancia emitida por el juez segundo Laboral del Circuito en todas sus partes.”

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 el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. *(iii)* Si opera la prescripción.

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 pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

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 al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL 869 del 15 de marzo de 2022, radicado 84661, con ponencia de la magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde señaló:

“Como se precisó, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las AFP brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Por tal razón, si la parte actora manifiesta que no le fue brindada la información necesaria para adoptar tal determinación de traslado, no le corresponde demostrar esta afirmación, pues se trata de un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de su afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

Así, si a la administradora se le endilga el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, es a ésta a quien le incumbe demostrar que sí atendió tales obligaciones, más cuando se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten. Al respecto, en decisión CSJ SL1688-2019 reiterada en CSJ 4803-2021 se indicó:

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los

archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

En esa medida, no es posible considerar que la inversión de la carga de la prueba en estos eventos, solo opera cuando se cuenta con el beneficio de la transición. No existe un fundamento válido o razón plausible que permita hacer más duras o ligeras las cargas probatorias según sea beneficiario o no de dicho régimen. Con mayor razón si se tiene en cuenta que las dos clases de afiliados se encuentran en una idéntica posición de debilidad contractual y de precariedad probatoria frente a la AFP y ninguno de ellos es obligado por ley a conservar en sus archivos la documentación atinente al traslado, a diferencia de lo que ocurre con las administradoras de pensiones (CSJ SL3871-2021).

Por ende, el Tribunal se equivocó al considerar que en el presente asunto no operaba la inversión de la carga de la prueba antes explicada y al exigir a la demandante que acreditara que al momento del traslado le fue suministrada información «fragmentada o inverosímil», pues no advirtió que la actora sustentó sus peticiones en negaciones indefinidas relativas a la ausencia de explicaciones sobre las incidencias del traslado y al incumplimiento de la AFP en su deber de información”.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, el señor HECTOR FABIO AGUIRRE GONZALEZ efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, el 31 de enero de 2001 con efectividad a partir del 1° de marzo de 2001, así se desprende del reporte de ASOFONDOS arrimado por PORVENIR con la contestación a la demanda.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA. demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado, ello por cuanto solo arrima como prueba el formato de vinculación o traslado que fuera firmado por el accionante.

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

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.

6.4. 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”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor 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.

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 al actor como afiliado a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Proponen los accionados la excepción de prescripción, la que no está llamada a prosperar atendiendo lo expuesto en la SL-1689 del 2019, 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 PORVENIR, 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 cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP”.

6.5. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES 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 las citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y propusieron excepciones.

Como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, amén de que hubo réplica de la parte demandante, 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,

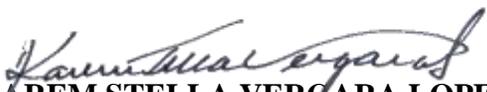
RESUELVE

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 YÁÑEZ ARRIETA

Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ

Magistrado