

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 170-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2019-00163-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 22 de julio de 2.022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FRANK JAMETT SOTO VARGAS contra SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Se pide la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante como trabajador y la demandada como empleadora, que cobró vigencia desde el 25 de octubre de 2.001 hasta el 15 de mayo de 2.016, y, como consecuencia, se condene a la demandada a pagar al demandante de los salarios de los meses febrero a mayo de 2.016 y las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales detallados en la demanda.

Con sustento fáctico de lo anterior, en resumen, se afirmó en el libelo genitor que el actor empezó a laborar para la demandada el 25 de octubre de 2.001, pero, para separar los servicios de aseguramiento dentro de la operación de la EPS, se creó la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, a quien entonces se le cedió el contrato de trabajo al demandante el 1 de noviembre de 2.003, pero el actor siguió prestándole los servicios a los afiliados de la demandada, en sus instalaciones, con instrumentos y capacitaciones suministrados por ésta, hasta que su relación le fue terminada sin justa causa el 15 de mayo de 2.016, sin que se le haya efectuado el pago de los rubros laborales reclamados con la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon las excepciones de mérito que denominaron: *falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses y sanciones, prescripción y buena fe.*

2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se desarrollaron conforme a ley, y en la última se practicó el interrogatorio de parte al demandante y se recibieron los testimonios de MARÍA EUGENIA CELEDÓN SIMÓN y NELCY CARABALLO PEREIRA, solicitados por la parte demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que el verdadero empleador del demandante desde el 1 de noviembre de 2.003 fue la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, quien no fue intermediaria, y que, como todos los rubros laborales reclamados atañen a la época en que fue ésta y no la demandada la empleadora, no son de recibo las pretensiones de la demanda.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló la sentencia inicial, arguyendo, en apretada síntesis, que no se le debió restar credibilidad a los testigos, que la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, sí fue intermediaria, puesto que el actor siguió prestándole los servicios a los afiliados de la demandada, en sus instalaciones, con instrumentos y capacitaciones suministrados por ésta y con horarios fijados también por la demandada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

Los respectivos voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta las concernientes a lo planteado en la sustentación de la apelación, porque la etapa de alegatos en segunda instancia no es viable incluir nuevos puntos o inconformidades no formulados en la referida sustentación (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo el recurso de apelación de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si a partir del 1 de noviembre de 2.003 y hasta el 15 de mayo de 2.016, la demandada siguió siendo la empleadora del demandante; y, de ser así **(ii)** la procedencia y liquidación de los rubros laborales reclamados con la demanda.

3. La empleadora del demandante desde el 1 de noviembre de 2.003 al 15 de mayo de 2.016

3.1. El Ad quo negó las pretensiones de la demanda, dado que éstas conciernen a rubros laborales de los años 2015 y 2016, anualidades en las que el actor no era ya trabajador de la demandada, sino que, por virtud de cesión de contrato, lo pasó a ser de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, no siendo esta intermediaria sino verdadera empleadora.

3.2. A su turno, la parte actora insiste en que la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, sí fue intermediaria, puesto que el demandante siguió prestándole los servicios a los afiliados de la demandada SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION, en sus instalaciones, con instrumentos y capacitaciones suministrados por ésta y con horarios fijados también por la demandada; y, que el Ad quo no le debió restar credibilidad a los testimonios de

MARÍA EUGENIA CELEDÓN SIMÓN y NELCY CARABALLO PEREIRA, porque el hecho de tener la primera también un proceso laboral contra la demandada, ello no es motivo para desmeritar su dicho, aunado a que la segunda testigo no tiene proceso alguno en contra de aquélla.

3.3. Pues bien; como puede observarse, el busilis del debate está en establecer si a partir del 1° de noviembre de 2.003, data en la que el contrato de trabajo del demandante con la demandada fue cedido a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, ésta última pasó a ser la verdadera empleadora, o, por el contrario, tuvo la condición de intermediaria, y, por ende, el empleador continuó siéndolo la demandada.

3.4. Al respecto, la Sala comparte la apreciación del Ad quo, esto es, que quedó acreditado que, desde el 1 de noviembre de 2.003, la demandada dejó ser la empleadora del demandante.

3.4.1. En efecto, cabe aquí aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud exigió a la demandada, por su condición de EPS, de no fungir simultáneamente como IPS, pues dicha afirmación sostenida en la contestación de la demanda, fue también señalada por MARÍA EUGENIA CELEDÓN SIMÓN, testigo de la parte actora, aunado a que es un hecho que guarda correspondencia también con afirmaciones de la demanda,

porque, por ejemplo, en su hecho 2° se alude a la aludida separación de los servicios de IPS de la operación de EPS.

3.4.2. Ahora, sí el motivo de pasar el actor de ser trabajador de la demandada SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION, a ser trabajador de INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, fue el que la primera no podía continuar operando como IPS, cabe inferir que la figura de esa movilidad laboral no fue solo la de una cesión de contrato de trabajo, sino también, *como se afirma en la contestación de la demanda en el acápite de respuesta a las pretensiones*, de una sustitución de empleador, porque, para dejar de operar como IPS, no sólo debió despojarse de los trabajadores con los que prestaba ese servicio, sino también de la estructura organizativa con la que prestaba dichos servicios de IPS. Recuérdese que, en la sustitución de empleador, a diferencia de la externalización de actividades y de la cesión de contratos de trabajo, hay es la transferencia de la estructura y organización productiva, incluyendo el personal de ésta (Vid. Sentencia SL3001-2020), no únicamente de trabajadores (cesión de contrato de trabajo), ni únicamente de actividades (externalización o tercerización laboral).

3.4.3. Lo anterior viene a cuento, porque en la apelación se arguye que el demandante siguió prestando sus servicios en las instalaciones y con las herramientas de la demandada, hecho que ha de descartarse, porque, como se dijo, si el motivo de la

movilidad del actor a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, fue la exigencia de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD a la demandada de dejar de operar como IPS, el cumplimiento de esa exigencia no se daría con la sola cesión de los contratos de trabajos del personal, sino también y principalmente con la transferencia de los elementos organizativos con los que prestaba sus servicios de IPS. Por tal razón, la continuidad del servicio en las mismas instalaciones y con los mismos equipos, no acredita aquí la condición de intermediario de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP.

3.4.4. Es más, el mismo demandante, al absolver el interrogatorio de parte, reconoció que, cuando pasó a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, ésta contó con un nuevo grupo de personas que conformaban la parte administrativa, lo que pone en evidencia que se trató una institución real, sin que, por demás, aparezca aquí demostrado que no fue un ente autónomo a la demandada SALUDCOOP OC, amén de que, como lo hizo ver el A quo, en la investigación adelantada por la Superintendencia de Sociedades, que culminó con la Resolución # 125-015813 del 21 de octubre de 2011, no se señaló como una institución controlada o subordinada por la demandada, o que hiciera parte de su grupo empresarial, como sí se estableció para otros entes.

3.5. De otra parte, se afirma en la apelación que el A quo no le debió restar mérito a la prueba testimonial, porque la testigo NELCY CARABALLO PEREIRA, ningún proceso tiene en contra de la demandada, y la testigo MARÍA EUGENIA CELEDÓN SIMÓN, si bien adelanta contra la demandada un proceso laboral, ello no es motivo para desmeritar su dicho, porque les consta los hechos y ningún provecho obtendría del presente proceso cualquiera que fuere su resultado.

3.5.2. Sobre el particular, ha de señalarse que, aceptándose que el hecho de tener una de las testigos proceso similar al del demandante, en contra de la demandada, no es motivo suficiente para restarle credibilidad al dicho de esa testigo y menos aún a la de la otra testigo, lo cierto es que el yerro del A quo resultaría intrascendente, porque, en primer término, la valoración de esos esos testimonios no serían suficientes para derruir la conclusión probatoria de que, a partir del 1º de noviembre de 2.003, el empleador del actor lo fue la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, ya que, en suma, tales testigos lo que dicen es que el actor siguió laborando en las instalaciones y con los equipos de la demandada, con el mismo horario que ésta le tenía establecido; empero, como quedó arriba expuesto, el tránsito del actor de la demandada hacia la institución antes mencionada, no fue con la sola cesión de su contrato de trabajo, sino en el marco de una sustitución de empleador, lo que supone no únicamente la continuidad de tales contratos, sino también la transferencia de la estructura

organizativa para la operación de la IPS, lo cual, incluso, tuvo su génesis en la exigencia de la Superintendencia Nacional de Salud, de ahí que las afirmaciones aludidas por los testigos no logran ser suficientes para dar por sentado que el rol de la mentada INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP, fuera la de una intermediaria y no de una real empleadora.

3.5.3. Y, en segundo término, si se adentra la Sala a esclarecer el mérito probatorio de los testimonios en comentario, se encuentra que, si bien es cierto la Jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral predica que el sólo hecho de que los testigos hayan sido compañeros de trabajo de la parte demandante y promuevan también acción judicial en contra de la misma parte demandada, no es motivo, per se, para descalificar sus dichos, también es cierto que esa misma jurisprudencia ha aceptado que sí es motivo para ser valorado los dichos de aquéllos con mayor rigor (Vid. CSJ Sentencias SL1723-2022). Y, en punto a ese escrutinio riguroso del dicho de los testigos NELCY CARABALLO PEREIRA y MARÍA EUGENIA CELEDÓN SIMÓN, no pasa por alto a la Sala que, gran parte de las respuestas que ellas dieron a las preguntas que les hiciera la apoderada de la parte actora, no resultan admisibles, porque la mayoría de esas preguntas contenían las respuestas, por ende, eran preguntas sugestivas en las que, los testigos empezaban generalmente con una respuesta afirmativa o negativa y continuaban prácticamente con la reproducción del texto de las

preguntas, lo cual es importante para restarle peso probatorio a los dichos de aquélla, con fundamento en el numeral 5° del artículo 221 del CGP, antes numeral 5° del artículo 228 del CPC. Así, en sentencia SC15746, 14 nov. 2014, rad. 2008-00469-01 (M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez), la Honorable Sala de Casación Civil, señaló:

“Además, la sola forma como fueron practicados aquellos, mediante la formulación de cuestionarios escritos con preguntas asertivas que llevaban implícito el sentido de la respuesta, le restaban peso si se tiene en cuenta que de conformidad con el numeral 5° del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, en este tipo de prueba *«no se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella»*”.

Respecto de lo anterior es pertinente acotar que esta Sala, en sentencia del 17 de enero de 2017, proferida dentro del proceso ordinario laboral distinguido con el radicado n° 23-555-31-89-001-2013-00148-01, Folio 097-2015, también le restó mérito probatorio a las respuestas de un testigo a preguntas también sugestivas y/o asertivas que le fueron formulados por el apoderado de la parte que pidió su testimonio; y, dicha sentencia fue cuestionada a través de acción de tutela, la cual fue negada por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencia STL4653-2017, en la que señaló que este proceder de la Sala resultaba incuestionable:

“(...) explicó que las preguntas realizadas llevaban implícita las respuestas, lo que le quitaba espontaneidad a lo dicho por los testigos, por lo que les restó peso probatorio y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primer grado.

Conforme a lo expuesto, resulta incuestionable que el juez plural valoró las pruebas a las que se refiere la peticionaria en su escrito de acción, explicando los motivos por los cuales no resultaban suficientes”.

3.6. De otra parte, no está demás acotar que, también resulta problemático acoger las súplicas de la demanda, que tienen relación con rubros laborales causados para los años 2.015 y 2.016, sobre todo los de ese último año, ya que resulta difícil aceptar que el actor realmente haya prestado sus servicios de auxiliar de enfermería a una EPS, como lo fue la demandada, que para finales del 2.015 fue objeto de toma de posesión (Vid. Resolución 2422 de 2015), y, en virtud de ello, sus afiliados pasaron por mandato de la Superintendencia Nacional de Salud, a CAFESALUD EPS SA, mediante Resolución 2422 de 2015.

3.7. En fin, dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

4. Costas

Dado que hubo replica a la apelación, hay lugar a costas a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada (CGP, art. 365).

Las agencias en derecho atinentes a esta segunda instancia, se fijan en un (1) SMLMV (Vid. numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; y, CGP, art. 365-6°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 170-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2019-00163-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver.....	5
3. La empleadora del demandante desde el 1 de noviembre de 2.003 al 15 de mayo de 2.016.....	5
4. Costas	13
VII. DECISIÓN	13
RESUELVE:	13
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	14

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 171-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2021-00064-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia pronunciada en audiencia del 22 de julio de 2022, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA-CORDOBA, dentro del proceso LABORAL promovido por JOSE MANUEL BERROCAL JIMENEZ en contra de SOPROAS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El demandante solicita que **i)** se declare que entre el señor JOSE MANUEL BERROCAL JIMÉNEZ y la empresa SOPROAS S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido; **ii)** se declare que dicho contrato inició el 1 de septiembre del año 2010 y terminó el 30 de junio del año 2020; **iii)** se declare que el contrato se terminó sin justa causa unilateralmente por parte del empleador.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se solicita que **i)** se oficie al fondo de cesantías PORVENIR para que cancele las cesantías consignadas a favor del trabajador por parte de SOPROAS S.A.; **ii)** se condene a SOPROAS S.A. a cancelar las cesantías dejadas de pagar al demandante, a cancelar los intereses en cesantías, a pagar la indemnización moratoria por el no pago de cesantías, el pago de las vacaciones, primas por el saldo pendiente, indemnización por despido injusto, indemnización por no entregar la dotación de calzado y vestido completa durante los años 2010 al 2020, así como la condena en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, el abogado JOHN EDILBERTO ESPINOSA HOYOS, con poder que le otorgó el representante

legal de la demandada, se notificó de la demanda y ejerció su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

2.2. Mediante Auto con fecha del 09 de marzo del año 2022, se aceptó la renuncia de poder del apoderado de la parte demandada, JOHN EDILBERTO ESPINOSA HOYOS.

2.3. En la audiencia surtida del artículo 77 del CPTSS el representante legal de la empresa demandada, le reconoció poder al Doctor JORGE ANÍBAL ESPITIA CARRILLO. En dicha audiencia, se dictó auto para proseguir con la audiencia de trámite y juzgamiento del artículo 80 del CPTSS. En esta última se recibieron los testimonios de BORIS ENRIQUE MAUSSA CÁRDENAS, ESEQUIEL OSCAR AVILEZ DIAZ, RAFAEL EMIRO MENDOZA GUERRA, ANA KARINA MADERA PÁEZ, MARÍA ESTELA ARRIETA DEL CASTILLO y RONALD MUÑOZ LUNA.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el juez decidió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor JOSE MANUEL BERROCAL JUMENEZ y la empresa demandada SOPROAS S.A, existió un

contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1 de septiembre de 2010 el cual se encuentra suspendido desde el 13 de junio de 2020.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la suspensión del contrato de trabajo a partir del 01 de noviembre de 2020, todo conforme fue expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Condenar, como consecuencia de la orden anterior, a la parte demandada SOPROAS S.A a pagar al demandante Señor JOSE MANUEL BERROCAL JIMENEZ los siguiente conceptos y sumas de dinero:

- Vacaciones: \$807.969*
- Salarios dejados de recibir: \$18.657.918*
- Cesantías: \$1.641.838*

CUARTO: Se condena al demandado SOPROAS S.A, a pagar por concepto de indemnización prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por valor de \$ 10.902.312

QUINTO: Absolver al demandado de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Declarar no probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PRESCRIPCIÓN y parcialmente probada la de COBRO DE LO NO DEBIDO., presentadas por la parte demandada.

SEPTIMO: Costas, a cargo de la parte demandada, en favor de la parte actora; se fijan como agencias en derecho el equivalente a un SMMLV, es decir, \$1.000.000”.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandada apeló de forma oportuna la sentencia notificada en estrados.

El abogado manifiesta no estar de acuerdo con la integridad de la decisión del A Quo. Al respecto asegura que no se le dio la valoración probatoria correcta al presente caso, en el entendido que requiere una valoración específica de las condiciones de la empresa, el desarrollo de su objeto social y el impacto del Covid-19.

Explica que la empresa suspendió el contrato del demandante y demás trabajadores debido a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en aras de mitigar el impacto de la pandemia en el territorio colombiano. Que respecto a los testimonios e interrogatorio de partes se constató la no operación de la gran mayoría de buses de la empresa y que sin los buses operando, los trabajadores no podrían ejecutar su contrato. Expresó también el apoderado que el cierre de las empresas, colegios, universidades y demás establecimientos, lo cual fue un hecho palpable y notorio, afectó negativamente los ingresos de la empresa.

Aduce que el juez decretó la legalidad de la suspensión hasta el 1° de noviembre de 2020 pero que se quedó corto en el análisis debido a que la apertura económica y la supuesta flexibilización de medidas no opera de manera automática; pues luego de la fecha indicada hubo picos de pandemia, que los establecimientos siguieron cerrados, impidiendo así que siguiera la ejecución del contrato. Dice que está demostrada la buena fe en el actuar de la empresa respecto a lo sucedido en la pandemia,

pues actuó legitimado por la emergencia sanitaria decretada a nivel nacional.

Por lo anterior, solicita por tanto revocar la sentencia apelada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte apelante

El apoderado de SOPROAS S.A., esbozó en sus alegatos de conclusión que la sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, desconoce los argumentos de su defendido, se denota que se falló con interpretaciones rigoristas y que se queda corto en la interpretación, debido a que el juez en la interpretación del presente caso se limitó a indicar que la ejecución del contrato solo obedeció a la obligatoriedad del cumplimiento de los decretos nacionales hasta la expedición del decreto 1168 de 2020, puesto el meollo del asunto no es solamente las limitaciones a las personas sino que todos y cada uno de los actos administrativos llevan consigo condiciones y limitaciones intrínsecas, que indefectible y necesariamente imposibilitaron la ejecución del contrato laboral.

Dice que la tesis del ad- Quem [SIC], se centró en que a partir del 01 de noviembre de 2020 debido al Decreto 1168 de

2020, desaparecieron las condiciones que impedían la ejecución del contrato, sin embargo, esta apreciación es limitada y restringida, no solo se debe considerar el decreto en sí, se debe tener en cuenta el objeto social de la empresa y como este fue afectado, debido a que la afectación de su defendido es particular y específica; y este es el análisis exige el presente proceso.

Arguye entonces que en el Decreto 1168 de 2020 y los decretos que prorrogaron al mismo, limitaron la movilidad de las personas, lo que opulentamente impedía la ejecución del objeto social de la empresa, sin embargo, no solo esta medida afectó el desarrollo de las funciones de la empresa, debido a que este tiempo en el cual la empresa no desarrolló su objeto social, creó directamente una grave crisis económica, funcional y operacional en la empresa, que ha persistido en el transcurso del tiempo, tal crisis se puede apreciar con el balance de los años 2020, 2021 y 2022 de la empresa en comparación al año 2019, tales afectaciones son imprevisible e irresistibles para la empresa, consecuentes a las medidas dictadas por el gobierno.

La grave situación económica, explica, se denota en los balances de los ingresos mes a mes de la empresa de los años 2020, 2021 y 2022, comparados con los del año 2019, en donde se observa el decrecimiento económico de la empresa, intrínseco a las medidas dictadas por el gobierno, donde se revela en primera medida la imposibilidad de operación de los buses por la baja afluencia de pasajeros, segundo la imposibilidad pagar

salario y tercero la imposibilidad de reanudar los contratos laborales, todo esto como consecuencia directa de los decretos y medidas dictados por el gobierno nacional. Asegura que estos argumentos deben ser tomados a la hora de decidir.

Afirman entonces que es erróneo pensar que con el decreto 1168 de 2020 desaparecieron las condiciones de la suspensión del contrato, como si la aplicación de estas medidas se hiciera de manera automática o por sinergia inmediata, desconociendo en tal punto, que por el mismo desconocimiento científico y médico del COVID – 19 estas medidas se aplican gradualmente.

En sustentación de lo anterior, expresan que en muchos municipios se decretaban toques de queda un fin de semana si y otros no, puesto que estaba obligados dependiendo los porcentajes de infectados por COVID – 19; que la ciudad de Montería a fecha 01 de noviembre dio aplicabilidad al pico y cedula obligatorio, y continuo hasta finales de 2021; que la universidad de Córdoba retomó la presencialidad a partir de 22 de marzo de 2022, el resto de universidades no retomo actividades presenciales hasta inicio del primer semestre de 2022, que la Secretaría de Educación Municipal de Monteria expidió la Circular N° 029 de 2022, donde anunció que el lunes 9 de mayo de 2022 las clases presenciales serían restablecidas.

Que por lo anterior, se denota que no estaban las condiciones dadas para la reanudación del contrato del

trabajador, debido a que todos estos decretos exigían limitaciones a la operación de su defendido, en tal sentido hacia insostenible la ejecución del contrato laboral, consecuencia intrínseca, directa, imprevisible e irresistible a Metrosinu S.A, condiciones que no fueron tenidas en cuenta en la tesis del juez de primera instancia, el cual se limitó a hacer un análisis escueto, y no tuvo en cuenta que el objeto social de la empresa en termino laxos consiste en el transporte de personas y que esté sector se vio afectado por los decretos municipales, posteriores al primero de noviembre de 2020, en donde se continuo la virtualidad en las escuelas, universidades y empresas etc., así las cosas, la emergencia sanitaria fue extendida a través de disantos decretos hasta el 30 de junio de 2022, situaciones irremediables incontenibles de su prohijado.

Por último, alegan que el fallo de primera instancia fue incongruente debido a que el demandante en las pretensiones de la demanda (puntos 2 y 3), solicitó que se declarara la terminación injusta del contrato a fecha 30 de junio de 2020, y que a pesar de eso, el juez de primera instancia declaro la ilegalidad de la suspensión de contratos a partir del primero de noviembre de 2020, de tal manera que existe incongruencia en lo pedido con lo otorgado. Arguye que el A Quo nuevamente se queda corto en su análisis, esta vez respecto a los principios conocidos como ultra y extra petita, mediante los cuales el juez laboral de única o primera instancia está facultado para conceder en su fallo más de lo que el trabajador solicitó en la demanda

(ultra petita) y pronunciarse más allá de lo que está consignado en el libelo de la demanda laboral (extra petita), siempre que busque garantizar los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; puesto que el fallo judicial dictado en uso de estas facultades debe observar los principios de la CONGRUENCIA (Art 281 del Código General del Proceso aplicable al proceso laboral por remisión del Art.145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), principio de la non reformatio in pejus (Art. 31 Constitución Política) y el principio de la consonancia, de tal manera que el Ad - Quem emitió un fallo incongruente y que en ese sentido vulnero los derechos fundamentales de su protegido.

2. Parte no apelante

La parte demandante, no alegó de conclusión ni replicó lo esbozado por la parte apelante.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: si está probada la fuerza mayor o caso fortuito, para que, a partir del 1° de noviembre de 2.020, continuara la suspensión del contrato de trabajo del actor; y, de no ser así, si le era dable al A quo condenar a la demandada al pago de salarios dejados de percibir durante el lapso de la indebida suspensión del contrato de trabajo.

Para dilucidar los anteriores interrogantes, la Sala puntualizará los derroteros jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral– y de la Corte Constitucional sobre la fuerza mayor o caso fortuito para la suspensión de los contratos de trabajo.

Seguidamente, se establecerá el alcance de la Pandemia Covid-19 como constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito generante de suspensión de contratos de trabajo.

3. La Pandemia como fuerza mayor o caso fortuito como causa de suspensión del contrato de trabajo

3.1. De acuerdo a la jurisprudencia de Honorable Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencias SL3537-2019, SL11919-2017 y SL 29 may. 2002, rad. 17570) y de la Corte Constitucional (Vid.

Sentencia T-279-21), el concepto de fuerza mayor o caso fortuito que corresponde a la causal de suspensión del contrato de trabajo prevista en el numeral 1° del artículo 51 del CST, no es original ni diferente al señalado en el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 o 64 del Código Civil. Este último expresa:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público**, etc.”. Se destaca y se subraya.

3.2. Asimismo, han establecido esos mismos órganos de cierre que no basta con la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, sino además que ésta impida temporalmente la ejecución del contrato de trabajo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL, 30 oct. 2012, Rad. 39668, discurrió:

“adicionalmente había que acreditar que tales sucesos constituyeron una fuerza mayor o un caso fortuito y que además impidieron la ejecución del contrato, lo que ni siquiera se menciona en el proceso ni mucho menos se acredita con las pruebas referidas”.

Y, la guardiana de la Carta en la sentencia en comentario (T-279-21), expresó:

“De otro lado, la interrupción de la operación de la Terminal Intermunicipal de Cali impedía efectivamente la ejecución del contrato de trabajo de la accionante. Como se expuso en la sección

5.1(ii) *supra*, no todo acto de autoridad que impida el desarrollo ordinario de las actividades de una empresa puede ser considerado *per se* como un hecho fuerza mayor que habilite la suspensión de los contratos de trabajo en los términos del artículo 51.1 del C.S.T. Para que un acto de una autoridad pueda calificarse de fuerza mayor o caso fortuito, debe impedir, de forma específica, la ejecución del objeto del contrato de trabajo que se suspende, lo cual debe ser analizado a la luz de todas las circunstancias concretas del caso”.

3.3. En el anterior precedente constitucional (Sentencia T-279-21), también se dejó en claro que, la predicación de la fuerza mayor o caso fortuito como causal de suspensión del contrato de trabajo, no es de carácter abstracto, por el contrario, «*[e]n cada caso concreto, el juez debe analizar y ponderar “todas las circunstancias que rodearon el hecho”*».

Así también lo recordó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3238-2020, reiterando su jurisprudencia:

“un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, **en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho.** (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83)”. Se destaca.

En similar sentido, en providencia AL1959-2021:

“La fuerza mayor entonces no puede ser valorada a través de una clasificación simple o abstracta, sino que la misma debe ser estudiada conforme a las situaciones fácticas de cada caso”.

3.4. Finalmente, debe tenerse presente que quien alega la fuerza mayor o caso fortuito como causa de suspensión del contrato de trabajo, le incumbe la carga de la prueba (Vid. CSJ, Sentencias SL3238-2020 y SL, 30 oct. 2012, Rad. 39668; y, CC, Sentencia T-279-21).

4. La Pandemia Covid-19 como causa de fuerza mayor o caso fortuito para la suspensión del contrato de trabajo

4.1. No es el hecho aislado de la Pandemia en la que se hinca la fuerza mayor o caso fortuito como impedimento para ejecutar temporalmente un determinado contrato de trabajo, sino que lo fue este hecho, pero aunado a la orden del gobierno nacional del aislamiento obligatorio de las personas y la prohibición de actividades económicas que a su vez aparejaron el cierre de empresas y establecimientos.

Así que, la sola enfermedad no fue la causa absoluta estructurante de las causales de suspensión en comentario.

4.2. Lo anterior impone tener presente las distintas medidas impuestas por el gobierno nacional en las distintas épocas de evolución de la pandemia.

4.2.1. Así, una primera fase (del 25 de marzo de 2.020 al 30 de agosto de 2.020), fue la del aislamiento preventivo obligatorio, la que empezó y fue impuesta con el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, y se extendió, sin solución de continuidad, por medio de los decretos 531, 593, 636, 689, 749, 847, 878 y 1076 de 2020. En esta etapa, la regla general era el cierre de las empresas y establecimientos.

4.2.1. Luego, vino la etapa de aislamiento selectivo, que tuvo lugar desde el 1° de septiembre de 2.020 (por virtud del Decreto 1168 de 2.020), levantándose el estado de emergencia sanitaria el 30 de junio de 2022 (Vid. Decretos 1168, 1297, 1408 y 1550 de 2.020; Decretos 39, 206, 580, 1026, 1614 de 2.021; y, Decreto 298 de 2.022), aunque fue a partir del Decreto 206 de 2.021 empezó a morigerarse más las medidas para la reactivación económica segura.

En todo caso, lo que caracteriza toda esta etapa de aislamiento selectivo, es que la regla general es la apertura de las actividades económicas, en tanto que la excepción es la prohibición sólo de algunas, bien sea que esa prohibición aparezca seleccionada en el respectivo decreto del gobierno nacional, o bien que, por autorización de éste, un alcalde haya

seleccionado determinada actividad para restringirla en su municipio o distrito.

4.3. Puestas así las cosas, el empleador que haya suspendido o mantenido la suspensión del contrato de trabajo a su trabajador durante la fase de aislamiento selectivo, en donde, como se dijo, la regla general es la apertura de las actividades económicas y, por ende, la de las empresas y establecimientos que las ejercen, le corresponde, por lo menos, acreditar que un acto de autoridad le impuso el cierre temporal de la empresa por causa de la Pandemia y no por causa atribuible a dicho empleador. Esto es así, porque, según se expresó arriba, no es solo la Pandemia la generante de la imposibilidad del ejercicio de la actividad económica, y, por ende, de la fuerza mayor o caso fortuito, sino el acto de autoridad que, por virtud de la misma, conllevó al cierre temporal de los negocios.

5. Análisis del caso

5.1. Descendiendo los anteriores prolegómenos, la Sala encuentra que, en el caso, hay ausencia absoluta de prueba de fuerza mayor o caso fortuito que justificase la prolongación de la suspensión del contrato de trabajo de la actora durante la fase de aislamiento selectivo, es decir, desde el 1° de septiembre de 2.020, puesto que ninguna prueba existe que el gobierno nacional

o local haya impuesto restricciones a la demandada para que ejerciera su actividad económica u objeto social.

5.2. La invitación de la vocera judicial de la demandada, a que se mire el objeto social de ésta, no cambia la conclusión anterior, porque no se observa que las actividades que comprende ese objeto social, que es la movilización o transporte de personas, tengan que ver con las muy pocas actividades que el gobierno nacional restringió sólo en la primera parte de la fase de aislamiento selectivo (eventos que susciten aglomeraciones, discotecas, bailes y consumos de bebidas embriagantes en establecimientos), ni mucho menos hay prueba de decisión de autoridad local que haya restringido o impedido a la demandada la apertura o el desarrollo del objeto social de la empresa.

5.3. Y, no es de recibo argüir la existencia de un hecho notorio, porque lo cierto y notorio es que, normas de alcance nacional, por tanto, exentas de prueba, levantaron las restricciones para la generalidad de las actividades económicas a partir del 1° de septiembre de 2.020, razón por la cual le incumbía a la demandada acreditar que, en efecto, la actividad económica o el objeto social de SOPROAS S.A., siguió siendo restringida por actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

5.4. Tampoco es de aceptación que la empresa haya suspendido el contrato de trabajo del demandante debido al detrimento económico sufrido con ocasión de pandemia, ya que,

si bien exhibe balances relativos al decrecimiento en sus ganancias para los años 2020, 2021 y 2022, ello no luce como generante de rotunda imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato de trabajo del demandante, quien fungió como conductor de los vehículos de transporte público de la demandada, máxime cuando ésta siguió con la operación de transporte, como lo reveló la testigo MARÍA ESTELA ARRIETA.

5.5. Corolario de lo dicho, es que la declaración del A quo de no existir causa o motivo para que hubiere continuado la suspensión del contrato de trabajo de la actora más allá del 1° de noviembre de 2.020, ha de mantenerse.

5.6. Pasando ahora a la inconformidad de la apelación atinente a que el A quo no le asistía la facultad para declarar la ilegalidad de la suspensión y condenar al pago de los salarios, porque ello no fue pedido en la demanda, siendo incongruente en opinión de la demandada, la Sala disiente de ello, porque la suspensión indefinida del contrato de trabajo fue la que, en últimas, motivó la interposición de la demanda, y como la finalidad para el empleador en la suspensión del contrato de trabajo es liberarse de la obligación de pagar los salarios al trabajador, es obvio que la discusión en torno a la justeza de dicha suspensión involucra de forma consecencial y esencial, el derecho del trabajador a devengar, por imperio del artículo 140 del CST, los salarios que no le solventaron durante la misma;

salarios que son derechos irrenunciables (Vid. C.P., art. 53; y CST., art. 142), y, por lo mismo, de la órbita de la facultades extra y/o ultra petita del juzgador laboral de primera instancia (Vid. CST., art. 50).

5.7. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia recurrida.

6. Costas

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas por no estimarse causadas (CGP, art. 365.-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expresado en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 171-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2021-00064-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	6
1. Parte apelante	6
2. Parte no apelante	10
VI. CONSIDERACIONES	10
1. Presupuestos procesales.....	10
2. Problema jurídico a resolver	11
3. La Pandemia como fuerza mayor o caso fortuito como causa de suspensión del contrato de trabajo.....	11
4. La Pandemia Covid-19 como causa de fuerza mayor o caso fortuito para la suspensión del contrato de trabajo	14
5. Análisis del caso	16
6. Costas	19
VII. DECISIÓN	19
RESUELVE:	19
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	20

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 173-2022

Rad. n° 23-001-31-05-002-2021-00106-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 27 de julio de 2.022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUCÍO REMBERTO MONTERROSA ÁLVAREZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito, en tanto que COLFONDOS manifestó no oponerse.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que no ejerció la facultad de retracto; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la vocera judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión, reafirmando la posición sostenida en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia

debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, (ii) las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. 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, tal 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 conciencia. 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 CC, 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 SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte 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 el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley

797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.8. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de

1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por lo que no hay lugar a efectuar modificaciones a lo resuelto sobre este particular.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron, e incluso, ha apelado la sentencia favorable a la parte demandante.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

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

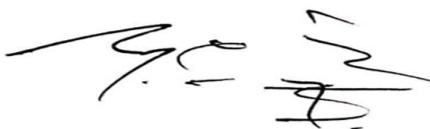
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



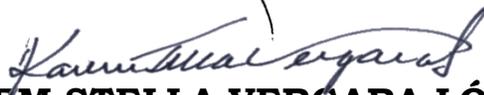
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 173-2022	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2021-00106-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	9
6. Costas de esta segunda instancia	9
VII. DECISIÓN	9
RESUELVE:	9
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	10

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 177-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-002-2020-00226-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 29 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROSALBA AGAMEZ ARGEL contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, al estimar que no fue debidamente informada de los aspectos favorables o desfavorables del mismo. Asimismo, pide que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito. Así, COLFONDOS, las que denominó: *Ausencia de vicio de nulidad, cobro de lo no debido y prescripción*; COLPENSIONES, *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 y prescripción, no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de COLPENSIONES y prescripción*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma concentrada. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada. Asimismo, reconoció el reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía equivalente al SMLMV, al considerar que la demandante cumplió con la edad y densidad de cotizaciones requeridas y que, a partir de la aludida fecha, cabe predicar la desafiliación de la actora del sistema de pensiones.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

COLPENSIONES, apeló la sentencia, arguyendo que ese ente no participó o fue parte en el traslado de régimen y que es el fondo privado quien debe asumir las consecuencias de la nulidad; que no debe asumir los aportes pensionales no pagados por los empleadores; que no se demostró que no hubiera ejercido el cobro de dichos aportes; y, que no debe ser condenada en costas, porque actuó de buena fe, amén que éstas no se causaron.

2. Apelación de Porvenir

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento. También expone que el traslado fue libre y protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, según el cual los efectos de la ineficacia no comportan la devolución de los referidos gastos y de los seguros previsionales. Igualmente, replica la condena en costas, arguyendo que actuó en derecho y de buena fe.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR, presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, reiterando lo que habían expuesto en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia. **(iii)** Si la demandante cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para causar y disfrutar la pensión de vejez, lo cual a su vez impone examinar: **(iv)** la densidad de cotizaciones de la actora para efectos del reconocimiento esa prestación pensional; **(v)** la cuantía de la pensión (IBL y tasa de reemplazo); y, **(vi)** el retroactivo pensional.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. 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, tal 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 conciencia. 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 CC, 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 SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

En el caso que aquí se desata, solo está acreditado la suscripción por la parte 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 el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de las afiliación o traslado de la parte actora al RAIS.

3.2. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.3. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.4. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-**

2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.5. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.6. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se

pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.7. Se alega que la parte demandante nunca cotizó a COLPENSIONES, ni estuvo afiliado a dicho ente. Al respecto, ha de señalarse que, de lo que se trata aquí no es de devolver a la parte actora a la vinculación en materia pensional a una entidad en particular, sino de devolverlo al RPM y, en la actualidad, la entidad administradora de pensiones en el RPM, es COLPENSIONES. Téngase en cuenta que, como lo dispone el literal a) del artículo 13 de la Ley 100/93, la afiliación a la seguridad social es obligatoria, y, según el literal b) ibidem, la selección de régimen pensional es libre. Entonces, es obligación de COLPENSIONES tener como afiliado a la parte actora, pues la libertad de ella es volver al régimen de reparto simple o de prima media con prestación definida; régimen que está a cargo de COLPENSIONES.

Ahora, si lo que quiere decir COLPENSIONES es que se está en presencia de una afiliación inicial al RAIS, ello no es de recibo, porque, como lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral, no se trata de una selección inicial los casos de aquellos que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 venían cotizando a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, pues hacían parte del sistema de reparto simple (**Vid. Sentencia SL1305-2021**).

3.8. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.9. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia de todos los procesos, por lo que este tópico debe ser confirmado.

4.3. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia SL2877-2020 de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

“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”.

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(...) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, 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”.

5. Respecto a la pensión de vejez

Procede la Sala a dilucidar la pensión de vejez que fue reconocida en la sentencia apelada y consultada, para lo cual ha de determinarse determinar: la edad y densidad de cotizaciones de la actora que se debe tener en cuenta para efectos del reconocimiento o no de la pensión de vejez; la cuantía de la pensión (IBL y tasa de remplazo); y, de ser procedente, el retroactivo pensional.

6. Densidad de cotizaciones

6.1. La actora cuenta con un total de 1.352 semanas cotizadas.

6.2. En efecto, en COLPENSIONES reconoce 355.86, según da cuenta el reporte de semanas cotizadas emanda de esa entidad y actualizado hasta el 21 de mayo de 2021 (Vid. PDF. *archivo 08 CONTESTACIÓN DEMANDA COLPENSIONES*, págs. 28 a la 32).

6.3. De otra parte, PORVENIR da cuenta que la actora cotizó en ese fondo 753.7 semanas (Vid. PDF. *09 CONTESTACIÓN DEMANDA*), que con las anteriores suma un subtotal de 1.108 semanas.

6.4. No obstante, con la demanda se aportó certificación electrónica de tiempos laborados de la actora, expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del que se desprende diversos periodos efectivamente laborados por la demandante que no fueron cotizados a PORVENIR, los cuales suman 247.57 (Vid. PDF. *02 DEMANDA*), para un total entonces de 1.352 semanas.

Recuérdese que, la mora en el pago de las cotizaciones, e incluso, el no pago de cotización alguna, en manera alguna afecta la afiliación al sistema, y por tanto, el afiliado puede reclamar a las entidades administradoras del sistema de riesgos las prestaciones a que tiene derecho (**Vid. Sentencia SL2836-2022**).

7. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003

7.1. Dado que la actora cumplió los 57 años de edad después del 1 de enero de 2014, e incluso después del 2015, concretamente los cumplió el 23 de septiembre de 2017 (Vid. copia de la cédula de ciudadanía, PDF. *02 Demanda*), según el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debe contar, por lo menos, con 1.300 semanas, lo cual alcanzó a cumplir el 10 de octubre de 2019.

7.2. Corolario de lo anterior es que la parte demandante sí causó la pensión de vejez 10 de octubre de 2019, según los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003.

8. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía pensional

8.1. El A quo estimó que la actora se desafilió al sistema por la sola reclamación administrativa de reconocimiento de pensión de vejez que le hizo a COLPENSIONES el 9 de octubre de 2020, razón por la cual predicó desde esta fecha el disfrute de la pensión de vejez.

8.2. Lo anterior no es de recibo, porque en estos casos en que la parte demandante reclama el reconocimiento de la pensión de vejez de forma simultánea con su petición de su retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia de su traslado al RAIS, en principio, ha de acreditarse que aquélla efectivamente se desvinculó laboralmente o realmente se retiró del sistema (**Vid. CSJ Sentencias SL2272-2022 y SL2272-2022**), lo cual aquí no aparece acreditado.

8.3. Dado que la demandante sigue afiliada al sistema, no hay lugar ahora a liquidar el IBL, determinar la tasa de remplazo y, por ende, la cuantía pensional, pues el disfrute de su pensión iniciará a partir de su desafiliación y hasta ese entonces COLPENSIONES, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez, deberá tenerse en cuenta las semanas que siga cotizando, como también el monto de los IBC, todo lo cual deberá realizar conforme a los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

8.3. Una decisión como la presente, en la que se impone el reconocimiento pensional sin precisar todos los aspectos o sin cuantificar en concreto la pensión, por estar la parte actora todavía afiliada al sistema, tiene respaldo en la jurisprudencia laboral, por ejemplo, en la sentencia **CSJ SL3772-2019**, en la cual el máximo tribunal de esta jurisdicción expresó:

“Sin embargo, como quiera que en el plenario no está debidamente acreditada la fecha de desvinculación laboral del actor, se ordenará

a la demandada reconocer la prestación a partir del momento en que aquella se verifique.

Ahora bien, el ingreso base de liquidación de la prestación deberá calcularse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizado, y para establecer el monto de la prestación reclamada, habrá de observarse lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003”.

En igual sentido al anterior precedente, están las sentencias SL2585-2020 y SL1080-2020. En esta última, se señaló:

“se ordenará a la demandada reconocer la prestación a partir del momento en que real y efectivamente se hubiese constatado o se verifique el retiro del sistema, con el consecuente pago del retroactivo a que haya lugar junto con los reajustes de ley. **Esta solución no es novedosa, pues la misma determinación la adoptó la Corte en múltiples oportunidades, baste citar el fallo de instancia proferido en la sentencia CSJ SL3772-2019**”. Se destaca.

9. Retroactivo pensional, prescripción e intereses moratorios

Como el disfrute de su pensión iniciará a partir de su desafiliación, no hay lugar a retroactivo pensional alguno, pues no hay hasta el momento mesadas pensionales exigibles, y, por lo mismo, no hay lugar a prescripción de mesadas, ni a intereses

moratorios, más aún cuando estos no proceden en los casos de reconocimiento pensional consecuencial a la ineficacia del traslado del régimen (**Vid. Sentencia SL638-2020**), y máxime cuando en este caso no se acreditó la reclamación administrativa de la pensión de vejez.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio del retroactivo pensional a que haya lugar, si la demandada no empieza a pagar la pensión de vejez desde cuando la parte actora se desafilie del sistema.

10. Condena en costas en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

11. Costas

Dado que no hubo réplica a las apelaciones por la parte actora, no hay lugar a imponer condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (**CGP, art. 365-8°**).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

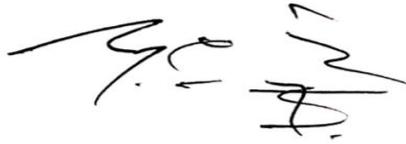
PRIMERO: REVOCAR los **numerales quinto y sexto** de la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia, y, en su lugar, se dispone **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a pagar a favor de ROSALBA AGAMEZ ARGEL, la pensión de vejez a partir de la fecha en que la demandante acredite la desvinculación laboral o efectivo retiro del sistema. Cumplido lo anterior, la entidad demandada deberá proceder a liquidar la pensión de vejez, para lo cual el ingreso base de liquidación de la prestación deberá calcularse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizado, y para establecer el monto de la prestación reclamada, habrá de observarse lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado**

**(IMPEDIMENTO ACEPTADO)
KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada**

Contenido

FOLIO 177-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2020-00226-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	5
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	11
5. Respecto a la pensión de vejez	13
6. Densidad de cotizaciones.....	13
7. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.....	15
8. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía pensional	15
9. Retroactivo pensional, prescripción e intereses moratorios	17
10. Condena en costas en la primera instancia	18
11. Costas	18
VII. DECISIÓN	18
RESUELVE:	19
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	20
LOS MAGISTRADOS	20
MARCO TULIO BORJA PARADAS	20



MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 179-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2020-00109-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada en audiencia de 22 de Julio de 2.022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JESSID EULALIO HUMANEZ PETRO en contra de KONEKTA TEMPORAL LTDA y la vinculada como litisconsorte empresa ESE VIDA SINU, quien llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El demandante pide que se declare la existencia de varios contratos de trabajo a término fijo entre él como trabajador y konekta Temporal Ltda., como empleador, con los siguientes extremos: 01 de febrero a 31 de diciembre de 2013, 07 de enero a 31 de diciembre de 2014, 13 de enero a 30 de abril de 2015, 01 de febrero a 31 de diciembre de 2016, 16 de enero a 31 de diciembre de 2017, 01 de febrero a 31 de diciembre de 2018 y del 02 al 15 de enero de 2019, que existió desigualdad salarial entre el salario devengado en el cargo de médico general en misión y el salario percibido por el mismo cargo de médico general de planta de la empresa usuaria donde prestaba sus servicios por orden del empleador, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar las diferencias salariales, la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de la seguridad social en pensión, intereses de mora, sanción moratoria del artículo 65 CST, indexación de las condenas y costas como fueron indicadas en el libelo genitor.

1.2. Hechos

En resumen de lo sustancial, se afirma que entre el demandante y la demandada KONEKTA TEMPORAL LTDA., existieron varios contratos de trabajo de obra o labor en los extremos temporales señalados, como trabajador en misión en la empresa usuaria ESE VIDA SINU en la ciudad de Montería (antiguo CAMU EL AMPARO), las funciones desarrolladas como médico general en el área de consulta externa, en un horario de seis horas diarias, de 1:00 PM a 7 P.M., condiciones que eran idénticas a las del médico de planta de la empresa usuaria, incluida la eficiencia en el puesto de trabajo, variando en la forma de vinculación y remuneración obtenida, porque devengaba salarios inferiores a los asignados a éste, con los que se pagaron las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida y notificada en legal forma la demanda, a KONKETA TEMPORAL LTDA., se le dió por contestada la demanda, y se admitió el llamamiento en garantía que hizo a la ESE VIDA SINU, una vez notificada, llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., procediendo el Despacho a adoptar como medida de saneamiento la vinculación de aquella como litisconsorte, así mismo en el mismo proveído, le tuvo por contestada la demanda y como llamada en garantía a la citada

aseguradora, quien igualmente procedió a la contestación de la demanda, entidades que fueron coincidentes a oponerse a las pretensiones de la demanda y formularon las siguientes excepciones: KONEKTA TEMPORA LTDA.: *cobro de lo no debido, pago y prescripción*; ESE VIDA SINU: *prescripción parcial de la acción,, responsabilidad exclusiva de la empresa Konekta Temporal Ltda. E imposibilidad jurídica de condenar solidariamente a la ESE Vida Sinú al pago indemnizaciones, la labor desarrollada no fue como trabajador en misión sino como trabajador directo del contratista y falta de legitimación en la causa por pasiva*; y SEGUROS DEL ESTADO S.A.: *inexistencia de vínculo laboral entre la empresa social del estado Vidasinú y el señor Jessid eulalio Humanez Petro, prescripción y la genérica.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se practicaron los interrogatorios a las partes demandante y demandada KONEKTA TEMPORAL LTDA., y se recibió el testimonio de DAVID MARTINEZ MEJÍA.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta la A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar, que el actor tuvo el cargo de médico con un salario para el efecto, cuyas funciones descritas por la temporal y

empresa usuaria difieren entre sí, es decir, que carecen de la identidad total entre ellas, y que dice haber realizado el actor, tampoco se acreditó el salario del médico de planta de los años del 2013 a 2019, y que en razón a ello existiese la diferenciación salarial al compararse en cargo de médico general con trabajador de la ESE VIDA SINU, no demostró que por lo menos otro trabajador haya laborado para la misma época en condiciones de eficiencia similares y por ello hubiese tenido un mayor salario, todo ello como resultado del acervo probatorio allegado y practicado por el Despacho integrado por las documentales aportadas, los interrogatorios de parte del demandante y del representante legal de Konekta Temporal Ltda, y la testimonial de DAVID MARTINEZ MEJÍA, quien ostentaba las mismas condiciones laborales del actor.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandante apeló la sentencia, protestando por la negación de las pretensiones, en armonía con su sustentación, en que la A quo no valoró correctamente las pruebas allegadas al expediente, porque de conformidad con la carga dinámica de la prueba, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral, y lo que obrante en las consideraciones el trabajador sí probó la diferencia de salarios, existe claramente certificado expedido por ESE VIDA SINU del salario de medico general, que cumplía la

misma jornada de 6 horas, que desarrolló en idéntica situación el demandante, incluso fue aceptado por la demandada la jornada de trabajo, los salarios iniciales que recibió el demandante y sobre los salarios año por año certificados por el médico de planta de la ESE VIDA SINU, documento expedido por ésta a folio 53 de la demanda principal, con lo que se demostró los salarios sobre los que se estaba basando para decir que existía una diferencia salarial. Con relación a la igualdad de cargo y labor, está acreditado que era médico general como se expone y certifica de ambas partes, las labores o funciones, se dijo que el demandante hizo 6 labores de las 18 que certifica ESE VIDA SINU, pero en la contestación de la demanda, en el hecho 3, de la ESE VIDA SINU, las funciones que recita son las mismas que dice que sí cumplió el demandante, adicional a las otras sobre funciones específicas de presentación de informes que formalmente no las realizaba el demandante por ser un trabajador misional, no se tuvo en cuenta la testimonial de quien estuvo en igual situación que el actor, que las funciones adicionales a las que él ejercía no existían, que realizaban las mismas horas de trabajo, las mismas funciones, que existía homogeneidad, no se tuvo en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se compararon funciones de papel, pero no las vivencias reales de la prestación del servicio, en las que no hubo una actividad diferente, sin que exista prueba por la parte demandada Konekta, que al contestar la demanda dice no saber cuál era el salario y las funciones que realizaba el médico de planta, es decir, utilizó su torpeza para justificarse, lo que acogió la decisión de instancia.

No se da aplicación a la carga dinámica de la prueba, que dice que el empleador es quien debe demostrar las condiciones de eficiencia, como elemento fundamental para demostrar la diferencia salarial, y tampoco hubo prueba que acreditara que el médico de planta ejercía las funciones que la Juez dijo que eran diferentes.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante oportunamente presentó alegatos de conclusión, que serán tenidos en cuenta en lo que sea consonante con la sustentación de la apelación (Vid. Sentencia SL4430-2014).

La llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., remitió sus alegatos de conclusión, pero de manera extemporánea.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Por virtud de las inconformidades planteadas en la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial, con respecto al salario que devengó el médico general de planta de la empresa ESE VIDA SINU, para los años 2013 a 2019, donde estuvo como trabajador en misión de Konekta Temporal Ltda., de ser así; si tiene derecho **ii)** a la reliquidación de los salarios y de las prestaciones sociales; **(iii)** al pago de las diferencias de aportes pensionales junto con los intereses moratorios; **(iv)** a la sanción moratoria del artículo 65 CST; y, **(v)** a la indexación.

3. Solución al problema planteado

3.1. El clásico principio «*a trabajo igual salario igual*» tiene asidero en Colombia en los artículos 13 de la Constitución, 143 del CST, 5 de la Ley 6ª de 1945 y en los convenios de la OIT 100 de 1953 y 111 de 1960, que, por virtud del artículo 93 superior, hacen parte del bloque de constitucionalidad (Vid. Sentencia SL16217-2014).

3.2. La aplicación de la carga dinámica de la prueba en torno a litigios en los que el trabajador persigue la nivelación salarial con apego en el mentado principio, consiste en que le incumbe a él acreditar la realización de iguales o equivalentes

funciones o labores a las desempeñadas por otro trabajador y, pese a ello, la existencia de la diferencia salarial entre ellos. Ante la prueba de estos hechos, le corresponderá entonces al empleador acreditar una justificación objetiva y razonable de esa diferencia remuneratoria (Vid. Sentencia SL737-2021, entre muchas otras).

3.3. Pues bien, en el caso, para empezar, no está suficientemente acreditado que el actor realizó las funciones o labores que él alega ser las propias de un medico general de planta de la ESE VIDA SINU, porque, al respecto, sólo ofrece:

(i) Su propio dicho en el interrogatorio de parte, el cual no es prueba en cuanto a hechos que lo benefician, sino únicamente respecto a hechos que comporten confesión, vale decir, en torno a hechos que lo perjudiquen, *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (vid. Sentencias SL2373-2020, SL4594-2019, STL9684-2018, STL8125-2014 y SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177); y,

(ii) las documentales referentes a los contratos de trabajo suscritos por el demandante con la empresa Konekta Temporal Ltda., en las que se dice, para lo que es esencial para el asunto que nos ocupa, el objeto del contrato, esto es, *SUMINISTRO DE PERSONAL TEMPORAL PARA APOYO EN LA PRESTACIÓN DE PROCESO Y SUBPROCESOS EN EL ÁREA DE CONSULTA EXTERNA EN LOS CENTROS DE SALUD DE LA E.S.E. CAMU*

EL AMPARO posteriormente *ESE VIDA SINU*, y el salario, pero en modo alguno detalla con precisión las funciones, las que relaciona la empresa temporal demandada en respuesta a prueba oficiosa decretada por el Juzgado de origen en el archivo 62 del expediente digital de primera instancia, que están en consonancia con las pruebas igualmente aportadas por la *ESE VIDA SINU* en los archivos electrónicos 33 y 67 *ibidem*, de las que se queja el recurrente porque la *A quo* le dio el suficiente valor probatorio siendo que son funciones de papel y no se ajustan a la realidad, la que debe primar sobre la formalidad respecto al principio que así lo enmarca, como señala lo acreditó con la testimonial de *DAVID MARTINEZ MEJÍA*, quien era un compañero de trabajo del demandante y señaló que no existían diferencias entre las actividades de salud desarrolladas por el médico general de planta y el enviado por *Konekta*, debiendo las demandadas de conformidad con el principio de la carga dinámica de la prueba demostrar los criterios objetivos de tal diferencia salarial, en lo relacionado con la condiciones de eficiencia en que se desarrollaron las mismas, que alega no probaron y tampoco obra prueba de que el médico de planta devengara un salario mayor, pese al esfuerzo del vocero judicial de la parte promotora de la litis de enunciar folios que al contrastar con el expediente no lo certifican.

Es de advertir, que la prueba testimonial, que es de especial atención para determinar la procedencia o no de la nivelación deprecada, para la Sala no permite extraer suficientes elementos

fundantes de la pretensión del actor, porque es una persona que estaba en las mismas condiciones laborales que el actor, es decir, era un trabajador en misión de la empresa temporal aquí demandada, no era un médico general de planta, si bien se le indagaron sus condiciones de tiempo, modo y lugar para asimilarlos al del demandante, también es cierto, que ello no permite colegir que desarrollaban las mismas funciones asignadas legal y reglamentariamente a los de planta, que quiso asimilarlas con el hecho de afirmar que cuando uno de éstos se iba de vacaciones lo reemplazaba y hacía las mismas funciones, las que no especificó, simplemente que era lo mismo atender el usuario, consulta externa, dentro del horario de 6 horas, y que el salario era mayor y que era un estímulo para ingresar a la ESE como personal de planta, con tal circunstancia no podemos deducir que el demandante también las realizó, aunado al hecho que si bien, prestaban sus servicios el testigo y el demandante en la entonces ESE CAMU EL AMPARO hoy ESE VIDA SINU no compartieron constantemente sus turnos, porque eran varios centros de salud de dicha entidad estatal, que el interregno que lo hicieron fue aproximadamente 1 año o 2 años, extremos temporales que no precisó, ellos eran objeto de rotación, el resto del tiempo sabía donde estaba el demandante porque estaba en contacto con él, porque eran amigos y ellos desempeñaban el mismo cargo en la ESE como médicos generales enviados en misión, además se tiene que dentro de las funciones que la apoderada de la ESE le preguntó si las hacía el demandante, las que estaban incluidas en la certificación del cargo de médico

general de la empresa usuaria según el manual de funciones, contestó respecto de algunas afirmativamente las hacía, otras que las debió hacer y otras que no tenía conocimiento, aspectos que con los que se quiebran las cargas probatorias del demandante, es decir, no cumple con la misma porque no se encuentra plenamente demostrado que hizo las mismas funciones de médico general enviado en misión que la del médico general de planta de la ESE VIDA SINU como empresa usuaria, adicional como se dijo en líneas precedentes, ausencia de prueba de salario mayor y por ende diferente, solo se tiene la aceptación del hecho noveno de la demanda que los relaciona por parte de la ESE VIDA SINU.

3.4. Con todo, **lo más fundamental** para no acceder a la homologación salarial invocada por el demandante, es que su referente es el de un trabajador de planta de la empresa usuaria, bajo tal circunstancia, ese tertium comparationis que se propone en la demanda y en la apelación, no es de recibo, pues no cabe predicar situación igual entre trabajadores de empleadores distintos, y mucho menos si éstos, además de la estructura organizacional distinta, tienen objetos misionales disímiles, como aquí acontece, véase que entre los términos de condiciones del contrato de la ESE VIDA SINU con la empresa Konekta Temporal Ltda., se indican las funciones del médico general que debe suministrar la temporal que son menores a las descritas en el manual de funciones del medico general de planta.

3.5. No escapa a la Sala que, por mandato del artículo 5° del Decreto 4369 de 2.006, los trabajadores en misión de una empresa de servicios temporales tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria; empero, en el caso, la empleadora del actor, esto es, Konekta Temporal Ltda., si bien es una empresa de servicios temporales, que tuvo una relación contractual con ESE VIDA SINU, no es menos cierto que si bien el cargo se denomina médico general, esa sola tipificación¹ no le da la connotación de las mismas funciones, sino que obedecen a las pautas contratadas, que en consonancia con las documentales allegadas al plenario², establecían actividades en menor número que no fueron desvirtuadas con los demás elementos probatorios recaudados en este juicio laboral, por ende la equivalencia que buscaba el apoderado judicial del demandante fuera objeto de confesión por parte del representante legal de la empresa temporal y que alega como su propia torpeza al desconocer las funciones del cargo de igual nombre de la empresa usuaria, no es de recibo, porque se repite no eran las mismas tareas a ejecutar, y el testigo no era idóneo para apuntalar dichas circunstancias porque no dio elementos necesarios para tal fin, como quiera que laboró en las mismas condiciones que el actor y no fue convincente en su respuesta de conocer el manual de funciones de la temporal y que lo haya cotejado con el de la empresa usuaria, para hablar con la certeza necesaria de que eran las mismas funciones, lo asumió

¹ CSJ SL 1532-2022.

² Archivos electrónicos 33, 62 y 67 del expediente digital de primera instancia.

por circunstancias similares que hacía al igual que los médicos generales de planta, , impertinente resulta aquí la aplicación del artículo 5° del Decreto 4369 de 2.006, para predicar la homologación salarial entre los trabajadores de esas distintas empresas.

3.6. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia inicial.

4. Costas

No hay lugar a imponer condena en costas, dado que no hubo réplica al recurso de apelación, a pesar de presentarla la entidad llamada en garantía, porque la misma fue extemporánea (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

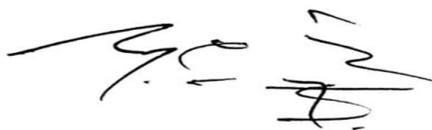
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

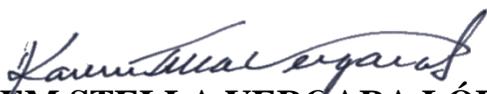


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 179-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2020-00109-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos	3
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA	4
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	5
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	7
VI. CONSIDERACIONES	7
1. Presupuestos procesales	7
2. Problema jurídico a resolver	8
3. Solución al problema planteado	8
4. Costas	14
VII. DECISIÓN	14
RESUELVE:	14
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	15

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 183-2022

Rad. n° 23-001-31-05-002-2021-00117-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Los sujetos que integran la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 3 de agosto de 2.022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por IVÁN GUILLERMO RAMÍREZ APARICIO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante nunca ha estado afiliada a COLPENSIONES y le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que no ejerció la facultad de retracto; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento. También expone que el traslado fue libre y protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, según el cual los efectos de la ineficacia no comportan la devolución de los referidos gastos y de los seguros previsionales. Igualmente, replica la condena en costas, arguyendo que actuó en derecho y de buena fe

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo los voceros judiciales de la parte demandante y COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando la posición sostenida en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, (ii) las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. 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, tal 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 conciencia. 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 CC, 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 SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte 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 el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay

lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Expone COLPENSIONES que la parte demandante nunca estuvo afiliada al RPM. Lo anterior no es de recibo, porque la vinculación de aquella al RAIS, estuvo precedida de cotizaciones que efectuó a la misma COLPENSIONES, según da cuenta la historia laboral emanada de esta misma demandada y la cual aportó a su contestación de la demanda (Vid. Pdf. «005ContestacionColpensiones20210825», pág. 17). En efecto, en dicha historia laboral, se observa que antes del 1 de de noviembre de 1.999, data en que empezó la afiliación en COLFONDOS, la parte actora pagó a COLPENSIONES varias cotizaciones, como, por ejemplo, los ciclos 1998-11; 1999-01 y de 1999-04 a 1999-09.

3.3. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de

la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.4. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.5. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.6. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.7. Se alega que la parte demandante nunca cotizó a COLPENSIONES, ni estuvo afiliado a dicho ente. Al respecto, ha de señalarse que, de lo que se trata aquí no es de devolver a la parte actora a la vinculación en materia pensional a una entidad en particular, sino de devolverlo al RPM y, en la actualidad, la entidad administradora de pensiones en el RPM, es COLPENSIONES. Téngase en cuenta que, como lo dispone el literal a) del artículo 13 de la Ley 100/93, la afiliación a la seguridad social es obligatoria, y, según el literal b) ibidem, la selección de régimen pensional es libre. Entonces, es obligación de COLPENSIONES tener como afiliado a la parte actora, pues la libertad de ella es volver al régimen de reparto simple o de prima media con prestación definida; régimen que está a cargo de COLPENSIONES.

Ahora, si lo que quiere decir COLPENSIONES es que se está en presencia de una afiliación inicial al RAIS, ello no es de recibo, porque, como lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral, no se trata de una selección inicial los casos de aquellos que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 venían cotizando a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, pues hacían parte del sistema de reparto simple (**Vid. Sentencia SL1305-2021**).

3.8. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.9. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por lo que no hay lugar a efectuar modificaciones a lo resuelto sobre este particular.

5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon excepciones de mérito que no le prosperaron, e incluso, han apelado la sentencia favorable a la parte demandante.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

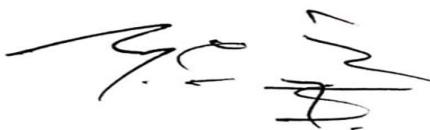
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 183-2022	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2021-00117-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	10
5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia	11
6. Costas de esta segunda instancia	11
VII. DECISIÓN	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	12

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 185-2022

Rad. n° 23-001-31-05-001-2021-00190-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 4 de agosto de 2.022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DORIS YOLIMA CHACÓN MENDOZA contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito, en tanto que COLFONDOS manifestó no oponerse.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante nunca ha estado afiliada a COLPENSIONES y le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que no ejerció la facultad de retracto; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de la parte demandante y COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia

debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, (ii) las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. 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, tal 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 conciencia. 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 CC, 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 SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte 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 el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Expone COLPENSIONES que la parte demandante nunca estuvo afiliada al RPM. Lo anterior no es de recibo, porque la vinculación de aquélla al RAIS, estuvo precedida de cotizaciones que efectuó a la misma COLPENSIONES, según da cuenta la historia laboral emanada de esta misma demandada y la cual aportó a su contestación de la demanda (Vid. Pdf. «*005ContestacionColpensiones20210825*»), pág. 17). En efecto, en dicha historia laboral, se observa que antes del 1 de de noviembre de 1.999, data en que empezó la afiliación en COLFONDOS, la parte actora pagó a COLPENSIONES varias cotizaciones, como, por ejemplo, los ciclos 1998-11; 1999-01 y de 1999-04 a 1999-09.

3.3. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.4. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.5. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de

COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.6. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.7. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.8. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución

los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por lo que no hay lugar a efectuar modificaciones a lo resuelto sobre este particular.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron, e incluso, ha apelado la sentencia favorable a la parte demandante.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que 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, se fijarán tales agencias a cargo de COLPENSIONES, en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VII. DECISIÓN

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

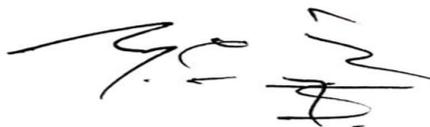
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

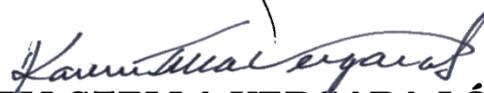


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 185-2022.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2021-00190-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.....	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver.....	3
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	9
6. Costas de esta segunda instancia	9
VII. DECISIÓN.....	10
RESUELVE:	10
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	11



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

Folio 187-2022

Rad. 23-182-31-89-001-2020-00021-02

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia de 29 de julio de 2.022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por PEDRO NEL NÁRVAEZ MENDOZA contra MANEXKA E.P.S. I – HOY LIQUIDADADA.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Pretende la parte demandante que se condene a la demanda al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y rubros reclamados con la demanda, concernientes a una relación laboral que, en los hechos, expone que tuvo vigencia desde el 1° de enero de 2.017 al 8 de enero de 2.019.

2. Hechos

En síntesis, adujo la demandante que tuvo con la demandada una relación laboral en los extremos temporales arriba indicados, la cual terminó sin justa causa y durante la misma no se le pagó los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales señalados en la demanda.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral año 2.017, terminación de contrato por inexistencia del objeto social de la empresa, pago y prescripción.*

2.2. Las audiencias de ley se surtieron y, en la de instrucción y juzgamiento del artículo 80, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta el A quo declaró la relación laboral entre las partes desde el 1 de febrero de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año, y, por ende, condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$27,584,673.00, por concepto de salarios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios y sanción moratoria del artículo 65 del CST.

En sustento de lo anterior, señaló que el inicio del proceso de liquidación de la demandada no puso término al contrato de trabajo, y, por ende, se causaron los rubros laborales antes señalados.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada apela la sentencia señalando que no es dable reconocer los derechos laborales, porque, por virtud de la toma de posesión a la demandada por la Superintendencia Nacional de Salud, el demandante no pudo haber prestado sus servicios personales más allá del 27 de marzo de 2.017.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la vocera judicial de la parte demandada presentó alegaciones de conclusión, lo que hizo en sintonía con lo esbozado en la sustentación de la apelación.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en la apelación, corresponde a la Sala dilucidar: si por virtud de la toma de posesión a la demandada por la Superintendencia Nacional de Salud, el 27 de marzo de 2.017, se causaron o no a partir de esa fecha los rubros laborales reconocidos por el Ad quo.

3. Solución al problema planteado

3.1. El A quo declaró la relación laboral entre las partes desde el 1 de febrero de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año, y, por ende, condenó a la demandada a pagar al actor los

salarios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios y sanción moratoria del artículo 65 del CST.

3.2. La apoderada de la demandada muestra inconformidad con lo anterior, arguyendo que, no es dable reconocer los derechos laborales antes señalados, porque, por virtud de la toma de posesión a la demandada por la Superintendencia Nacional de Salud, el demandante no pudo haber prestado sus servicios personales más allá del 27 de marzo de 2.017.

3.3. Pues bien; el inicio del proceso de liquidación de la demandada que se da con la toma de posesión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la 00527 del 27 de marzo de 2017¹, no supuso la terminación automática de los contratos de trabajo, salvo para los empleados que fungen como directivo o administrador de la empresa empleadora, tal como ha tenido ocasión de señalarlo este Tribunal en procesos también contra la aquí demandada. Por ejemplo, en la sentencia TSMON SL, 31 ag. 2020, Rad. 2018-00045, Folio 576-2019, invocándose precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, se expresó:

“la iniciación de un proceso de liquidación no conlleva, por regla general, a la terminación automática de los contratos de trabajo, pues, en primero término, cabe señalar que, a pesar de que un

¹<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/res%200527%20DE%202017.pdf> [20-07-2.022].

elemento esencial del contrato de trabajo lo es la prestación de servicios y que, ésta -la prestación de servicios- no pueda darse una vez se inicia la liquidación de la empresa empleadora, porque le está vedado iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, conservando su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, no puede pasarse por alto que, según el artículo 140 del CST, cuando la causa de la falta de esa prestación de servicios es achacable al empleador, éste debe continuar pagando los salarios. Precisamente, en este artículo 140 es que, la Honorable Sala de Casación Laboral, en múltiples precedentes, ha dispuesto como medida alternativa al reintegro del trabajador en entes en liquidación, la condena al pago de los salarios dejados de percibir hasta cuando se registre la finalización de dicha liquidación (Vid. Sentencia SL9189-2016, reiterada en la SL3842-2019).

Y, en segundo término, en principio, es decir, como norma general, no es el inicio de un proceso de liquidación la causa de terminación del contrato de trabajo, sino la liquidación definitiva de la empresa empleadora, y, aún más, para que ello ocurra, ésta -la empleadora-, según lo estatuido en el artículo 61, numeral 2º del CST, debe solicitar autorización al Ministerio del Trabajo e informar por escrito de este hecho a sus trabajadores.

5.3. Sin embargo, lo que se ha expuesto admite excepciones. Es decir, en casos excepcionales el inicio de la liquidación de una entidad, supone la terminación automática de los contratos de trabajo, y ello acontece para el caso de los trabajadores que tienen los niveles de administradores y directivos, y así lo señaló la

Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL3338-2018**, (...)'".

3.4. En el caso del demandante, él no fue empleado de nivel directivo, pues su labor fue la de conductor, la que, por tanto, dista de la mentada naturaleza. Por ende, no es dable asumir que su contrato laboral finalizó con el sólo inicio del proceso de liquidación de la demandada.

3.5. Es más, en la misma resolución 00527 del 27 de marzo de 2017², a través de la cual la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión de la demandada, en el literal h) de su artículo 3°, se facultó al agente especial a dar por terminado los contratos de trabajo que **no sean necesarios**, lo cual es también dicente que, dicha toma, no suscitó la terminación automática de todos los contratos laborales y que, para tal efecto, debía aquél agente dar el aviso correspondiente para dar por terminado el contrato laboral de la parte demandante, por lo que hasta tanto ello no sucediera o no se produjera el perfeccionamiento de la liquidación, dicho contrato de trabajo conservaba vigencia, y, por consiguiente, seguían causándose los salarios al actor, por virtud del artículo 140 del CST, como también las prestaciones que no exigen prestación efectiva de los servicios.

² Vid. Pdf. «*EXPEDIENTE #2*», pág. 1 y ss. Y, <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/res%200527%20DE%202017.pdf> [20-07-2.022].

Al respecto, resulta pertinente el siguiente pasaje de la Sentencia **SL5869-2016** de la Honorable Sala de Casación Laboral:

“los demandantes no prestaron sus servicios desde el 15 de abril de 2003 hasta la fecha de terminación de los contratos de trabajo (para Mauricio Romero Vargas el 30 de abril de 2003, y para Salvatore Trocino Sacco, el 23 de abril de ese mismo año), y en consecuencia les aplica lo dispuesto en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, *«Durante la vigencia del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador»*, en tanto, y tal como se desprende de esa prueba, *«la compañía en razón a su difícil situación económica no pudo desde hace varios meses desarrollar su actividad y por lo tanto su trabajo no se ejecutó a plenitud sino esporádicamente ...»*».

3.6. No obstante, encuentra la Sala que, como en el presente caso, no se probó la prestación efectiva de los servicios del demandante más allá del 27 de marzo de 2017, lo que es carga probatoria del trabajador, sólo es dable predicar, a la luz del referido artículo 140 del CST, los salarios y prestaciones derivadas de éstos que no requieren prestación efectiva de los servicios cuando media culpa del empleador, por lo que, en el caso, los rubros relativos a vacaciones y prima de servicios, que fueron reconocidos por el Ad quo en la sentencia inicial, han de modificarse los montos fijados por ese juzgador, ya que éstos se causan no por la sola vigencia del contrato de trabajo y el sólo

hecho de tener el trabajador derecho al pago de los salarios con fundamento en el mentado artículo 140, sino en tanto se demuestre una efectiva prestación de los servicios (**Vid. CSJ Sentencias SL2046-2020 y SL054-2020**), prueba esta que sólo la hay hasta el 27 de marzo de 2.017, pues, con relación a la prestación de los servicios a partir de esa fecha, sólo existe el interrogatorio de parte del demandante, el cual no ofrece eficacia probatoria a su favor, ya que, según se desprende de la jurisprudencia laboral (**Vid. Sentencias STL9684-2018; STL8125-2014; y, SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177**), el dicho de parte sólo da fuerza probatoria si comporta confesión, *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (**Vid. Sentencias SL4921-2019, SL4594-2019 y STL9684-2018**).

Ahora, como en este punto que se acaba de abordar, la Sala, en casos anteriores, no lo ha resuelto de la forma antes indicada, es por ello que esta providencia se profiere en Sala Plena Especializada, a fin de sentar y acoger el criterio expuesto de forma unificada.

3.7. Otro rubro que ha de excluirse de los reconocidos por el A quo, es la sanción moratoria del artículo 65 del CST, porque, en el caso, la toma de posesión a la demandada por la Superintendencia Nacional de Salud, que se alega en la apelación como hecho impeditivo de los derechos laborales reclamados, sí logra excluir la mentada sanción, según lo tiene señalado la

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, como se otea, por ejemplo, en la sentencia **SL1186-2019**:

“Es preciso, señalar, que las sanciones mencionadas no pueden operar más allá del 5 de mayo de 2006, ya que desde esa data entró en liquidación obligatoria la sociedad demandada, como se determinó en auto 155-006922, en el cual la Superintendencia de Sociedades declara iniciado dicho proceso (f.º1228, cuaderno principal), pues a partir de allí no se puede deducir que la empleadora, que fue llamada a liquidación forzada, siga incumpliendo sus pagos, porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes”.

Igualmente, en la sentencia **CSJ SL2833-2017**:

“Así las cosas, procede la condena de un día de salario equivalente a \$240.000, por cada día de mora en el cumplimiento de la respectiva consignación de las cesantías, desde el 15 de febrero de 2010; pero lo será hasta el 6 de septiembre de 2010, dado que la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente, conforme a lo expuesto en sede de casación. En consecuencia, revocará la absolución y se condenará al pago de \$48.240.000 por este concepto”.

3.8. Deviene de lo expuesto, que, de los rubros reconocidos por el A quo, esto es, salarios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios y sanción moratoria del artículo 65 del CST, sólo es dable confirmar en su integridad las cesantías e intereses a las mismas con respecto al periodo de la relación

laboral establecido por el A quo, vale decir, del 1 de febrero de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año; en tanto que, en lo concerniente a los salarios, corresponde condenar al pago de los que van del 1° de abril de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año, ya que en la demanda explícitamente se señaló que el actor recibió el pago de los salarios hasta el mes de marzo (Vid. Hecho 4° de la demanda). Y, con relación a la prima de servicios y vacaciones, éstas sólo reconocerán proporcionalmente por el período en que la demandada no cuestiona haber prestado el demandante sus servicios personales, o sea del 1 de febrero de 2.017 al 27 de marzo de esa anualidad.

3.8.1. Entonces, la condena por concepto de salarios asciende a la suma de \$6.639.453,00, según da cuenta la siguiente tabla explicativa:

MES DE 2.017	SALARIO MENSUAL
Abril	\$ 737,717.00
Mayo	\$ 737,717.00
Junio	\$ 737,717.00
Julio	\$ 737,717.00
Agosto	\$ 737,717.00
Septiembre	\$ 737,717.00
Octubre	\$ 737,717.00
Noviembre	\$ 737,717.00
Diciembre	\$ 737,717.00
TOTAL:	\$ 6,639,453.00

3.8.2. La relativa a cesantías e intereses de estas, las sumas que señalan la siguiente tabla explicativa que coinciden con las señaladas por el A quo en la parte motiva de la sentencia inicial:

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO MENSUAL	CESANTÍAS	INTERESES CESANTÍAS
01/02/17	31/12/17	330	\$ 737,717.00	\$ 676.240,58	\$ 74.386,46

3.8.3. Y, las relativas a prima de servicios y vacaciones, las que dan cuenta la siguiente tabla explicativa:

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO MENSUAL	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES
01/02/17	27/03/17	55	\$ 737.717,00	\$ 112.706,76	\$ 56.353,38

3.84. Al excluirse la sanción moratoria, las condenas que quedan deben ser *indexadas*, pues, amén de que fue pedido en la demanda, ello tiene sustento en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución (Vid. SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras).

3.9. Lo expuesto, es suficiente para acceder parcialmente al recurso de apelación, y, por ende, efectuar las modificaciones a la sentencia inicial en los términos que han sido consignados en líneas atrás.

4. Las costas

Como la alzada prosperó parcialmente, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (Vid. CGP, art. 365).

VII. DECISIÓN

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

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada el cual quedará así:

“**CONDENAR** a la demandada MANEXKA E.P.S. I – HOY LIQUIDADADA, pagar a PEDRO NEL NÁRVAEZ MENDOZA, las siguientes sumas:

- a) \$6.639.453,00, por concepto de salarios del 1 de abril de 2017 al 31 de diciembre de ese mismo año.
- b) \$676.240,58. por concepto de cesantías del 1 de febrero de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año.
- c) \$74.386,46, por concepto de intereses de cesantías del 1 de febrero de 2.017 al 31 de diciembre de ese mismo año.
- d) \$56.353,38, por concepto de vacaciones proporcionales desde el 1 de febrero de 2.017 al 27 de marzo de ese mismo año.
- e) \$112.706,76, por concepto de prima de servicio proporcionales desde el 1 de febrero de 2.017 al 27 de marzo de ese mismo año.

Radicación 23-182-31-89-001-2020-00021-02. Folio 187-2022.

Parágrafo: Las anteriores sumas deben ser indexadas conforme al IPC, a la fecha en que se efectúe el pago de las mismas”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de la primera instancia, el Ad quo deberá en su oportunidad ajustar el monto de las agencias en derecho, de acuerdo al monto total que finalmente se ha reconocido al demandante.

CUARTO: En el momento oportuno, devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

Radicación 23-182-31-89-001-2020-00021-02. Folio 187-2022.



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

Radicación 23-182-31-89-001-2020-00021-02. Folio 187-2022.

Contenido

Folio 187-2022.....	1
Rad. 23-182-31-89-001-2020-00021-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	1
1. La demanda.....	1
1.1. Pretensiones	2
2. Hechos	2
2. Contestación de la demanda y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico.....	4
3. Solución al problema planteado.....	4
4. Las costas	12
VII. DECISIÓN	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	14

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 198-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2021-00154-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia pronunciada en audiencia de 2 de agosto de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS GABRIEL MENDOZA ROMERO contra la EMPRESA AEREA DE SERVICIO Y FACILITACION LOGISTICA INTEGRAL S. A. - EASY FLY S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Se pide la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante como trabajador y la demandada como empleadora para el 10 de diciembre de 2.018, fecha en que aquél sufrió un accidente de trabajo; que la demandada es responsable de dicho accidente, y, por consiguiente, se le condene a pagar al actor los perjuicios patrimoniales (daños emergente y lucro cesante) y los extrapatrimoniales (morales, daño a la vida de relación), la indexación y costas del proceso.

Con sustento fáctico de lo anterior, en resumen, se afirmó en el libelo genitor que, en la fecha arriba señalada, el actor, quien labora para la demandada como auxiliar de rampa, sufrió un accidente laboral por causas diferentes imputables a la empleadora; sufriendo los perjuicios reclamados con la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, compensación y prescripción.*

2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron conforme a ley. En la última se practicaron los interrogatorios a las partes y se recibieron los testimonios de LUIS RAFAEL BERROCAL HOYOS y KAREN LORENA ROMERO SÁNCHEZ (solicitados por la parte actora) y de MARÍA RUTH ANGARITA JIMÉNEZ y ANGÉLICA YANNETH FALLA PACHÓN (solicitados por la parte demandada).

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar la no acreditación de la culpa “suficiente comprobada” de la empleadora, sino que, por el contrario, el demandante actuó imprudentemente y desconociendo los lineamientos de tránsito al no tener el cuidado suficiente, pese haberse capacitado en operaciones en rampla, de haber invadido el Triángulo de Seguridad por parte del Tractorista y compañero de trabajo, por ende, no ajustarse al procedimiento a seguir al momento de realizar actividades en rampa con el sumo cuidado acorde al reglamento de trabajo y de seguridad industrial.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del actor apeló la sentencia, sustentado su inconformidad que, cuando el trabajador alega el incumplimiento de la obligación de cuidado y protección del empleador, se invierte la carga de la prueba; que la A quo analizó de forma parcial el

informe de accidente de AXA COLPATRIA, porque se pasó por alto que en éste se dan indicaciones a la demandada; y, que dicho informe, fue contrarrestado por testigos parcializados, en tanto que laboran con la empleadora.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

Sólo el vocero judicial de la parte demandante presentó alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta las concernientes a lo planteado en la sustentación de la apelación, porque la etapa de alegatos en segunda instancia no es viable incluir nuevos puntos o inconformidades no formulados en la referida sustentación (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si se acreditó la culpa de la demandada en el accidente laboral sufrido por el

demandante el 10 de diciembre de 2.018; y, de ser así **(ii)** la procedencia y liquidación de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales reclamados con la demanda.

3. Falta de acreditación de la culpa de la empleadora como causa generante del accidente laboral

3.1. No está en discusión los siguientes hechos: (i) que el actor labora para la demandada como auxiliar de rampa, labor relacionada con el cargue y descargue de los equipajes de los pasajeros de los aviones de la convocada; (ii) que el 10 de diciembre de 2.018, el actor, en su actividad laboral de cargue y descargue de equipajes para el vuelo 8981, JESÚS ALBERTO LEMOS MESTRA, quien era el conductor del tractor en el que se movilizaban los equipajes a cargar o descargados del avión, accionó el vehículo, pisándole el pie derecho con una de las llantas de una de las góndolas.

3.2. La A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar no haberse acreditado la culpa de la empleadora, sino que, por el contrario, se probó el actuar imprudentemente del demandante, quien desconoció los lineamientos de tránsito al no tener el cuidado suficiente, pese haberse capacitado en operaciones en rampla, de haber invadido el triángulo de seguridad por parte del tractorista y compañero de trabajo, por ende, no ajustarse al procedimiento a seguir al momento de

realizar actividades en rampa con el sumo cuidado acorde al reglamento de trabajo y de seguridad industrial.

3.3. A su turno, el apoderado del actor sustenta su apelación, arguyendo que, cuando el trabajador alega el incumplimiento de la obligación de cuidado y protección del empleador, se invierte la carga de la prueba, inversión esta que no tuvo en cuenta la A quo; que ésta además analizó de forma parcial el informe de accidente de AXA COLPATRIA, porque se pasó por alto que, en dicho informe, se dan indicaciones a la demandada relacionados con la prevención de accidentes similares al sufrido por el actor; y, que dicho informe, fue contrarrestado por testigos parcializados, en tanto que laboran con la empleadora.

3.4. Pues bien; huelga anotar que, para la indemnización plena por perjuicios derivados de accidente de trabajo, no basta que acreditar que el daño tenga su causa en un accidente de trabajo, pues, ésta no es una responsabilidad objetiva, sino subjetiva (**Vid. SL4473-2018, SL4350-2015, SL17216-2014 y SL14420-2014**), anclada, como textualmente lo estipula el artículo 216 del CST, en la «*culpa suficiente comprobada del empleador*».

La responsabilidad que es objetiva, es la que está a cargo de las administradoras de riesgos laborales –ARL–, o del empleador en que caso de no afiliación o no pago de las cotizaciones (Vid.

Art. 16 Decreto 1285/94 y Sentencia T-524/16), que, en el caso, no es la que concierne al presente litigio, pues no es la reclamada con la demanda.

3.5. Y, en lo que respecta a si quedó acreditado o no la culpa del empleador, es pertinente señalar que, si bien es cierto, como se dice en la apelación, que la Honorable Sala de Casación Laboral ha señalado que cuando se alega el incumplimiento del empleador en sus obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es él el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, también ha precisado ese mismo órgano de cierre que no basta dicha afirmación o alegación para que opere la mentada inversión de la carga de la prueba, sino que, para tal efecto, el trabajador debe, por lo menos, acreditar **las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente ...»** (Vid, SL953-2018, SL652-2018, SL092-2018, SL17026-2016, SL13653-2015, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656).

Por ejemplo, en la **SL13653-2015**, expresó la Corte:

“Lo anterior no implica, no obstante, como lo plantea la censura, que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque, como lo dijo el Tribunal y lo ha precisado la

Sala, teniendo en cuenta que no se trata de una especie de responsabilidad objetiva como la del sistema de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba que se reclama, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente y «...*que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente...*» (CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656.)”.

Y, en la **SL652-2018** señaló:

“las negaciones indefinidas como la falta de capacitación, la falta de un programa de salud ocupacional, la falta de suministro de elementos de seguridad y la falta de revisión periódica del Bobcat, para el caso, no tienen la virtualidad de invertir la carga de la prueba, en la medida que **por sí solas no superaron el análisis de conexidad con el quehacer del trabajador al momento del accidente y, por tanto, relevan al empleador de la demostración de un actuar diligente**”. Se destaca.

3.6. Descendiendo los anteriores prolegómenos al caso, es evidente que, por un lado, que la parte demandada cumplió con sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en pro de resguardar la integridad y seguridad de sus trabajadores, y específicamente la del actor, pues brindó a éste, como el mismo lo expuso espontáneamente en su declaración de parte, capacitaciones para el ejercicio de su labor y los elementos de protección personal; e igualmente cuenta con protocolo específico de la actividad que le incumbe desarrollar a aquél y

con reglamentos de higiene y seguridad industrial, lo cual tiene soporte en la prueba documental aportada con la demanda, a través del link https://ccgabogados-my.sharepoint.com/:f:/p/dacevedo/EvdP11nwvMRGmrpyiUe3QLoBd_kverGZOoltvxDFXdZDrQ?e=Y6FYa9, como también en los testimonios de MARÍA RUTH ANGARITA JIMÉNEZ y ANGÉLICA YANNETH FALLA PACHÓN.

Así que, omisiones o falta de diligencia y cuidado de la demandada para la prevención de accidentes, protección y resguardo de la integridad y seguridad del demandante en el ejercicio de su actividad, sí aparece desvirtuada por ese extremo pasivo de la relación procesal.

3.5. Por otro lado, si acudimos al informe del accidente emanado de AXA COLPATRIA, lo que se observa es que las causas que señalan o califican como inmediatas del accidente, entiéndase adecuadas o eficientes del accidente, tienen que ver con conductas del actor y del compañero de trabajo con quien realizada la labor de cargue y descargue de equipajes, esto es, JESÚS ALBERTO LEMUS MESTRA, conductor del tractor con góndola, que fueron violatorias de los manuales, instructivos y estándares de la operación:

“Al momento de aterrizaje o abordaje, en el cargue o descargue de maletas de bodega de aeronave, auxiliar de rampa hala o empuja la

gondola (sic) fuera del triangulo (sic) de seguridad para ser anclado al tractor y ser remolcado.

El tractor realiza movimientos dentro del área o triángulo de seguridad generando un margen de inseguridad alto con relación a la operación” (Vid. Pdf. «Análisis de Causalidad», pág. 5).

	DESCRIPCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPERACIÓN
<small>Observaciones: Por favor describa la manera en que se manipula el equipo, herramienta, sustancia o material, es decir, sin verificar la información de los manuales, instructivos, AROS, estándares de operación o cualquier otro documento describa el paso a paso para llevar a cabo la tarea.</small>	
<p>Al momento de aterrizaje o abordaje, en el cargue o descargue de maletas de bodega de aeronave, auxiliar de rampa hala o empuja la gondola fuera del triangulo de seguridad para ser anclado al tractor y ser remolcado. El tractor realiza movimientos dentro del área o triángulo de seguridad generando un margen de inseguridad alto con relación a la operación.</p>	
<small>Elaborado por : Ing Joan Camilo Niño</small>	

3.6. Ahora, se aduce en la apelación que, en el referido informe se hacen algunas indicaciones a la demandada, tales como: (i) plantear la posibilidad de extender tiempo de tránsito en vuelos simultáneos; (ii) reinducción sobre los procedimientos en rampa de acuerdo al Manual de Operaciones de Rampa; (iii) Capacitación al personal en autocuidado y manejo de equipos simultáneos; y, (iv) Plan de Intervención para Inspección de áreas, operaciones, capacitaciones entre otros.

3.6.1. Al respecto, cabe señalar que, dichas indicaciones, en primer término, no fueron señaladas como causas eficientes o adecuadas del accidente en cuestión, sino más bien como recomendaciones para mejorar los protocolos de seguridad; y, en segundo término, las mismas fueron desvirtuadas con la prueba documental aportada con la demanda y los testimonios de

MARÍA RUTH ANGARITA JIMÉNEZ y ANGÉLICA YANNETH FALLA PACHÓN.

3.6.2. En efecto. Aun aceptándose que, las aludidas recomendaciones corresponden a hechos y falencias ciertas del protocolo diseñado para el desarrollo de la actividad del trabajador demandante, lo cierto es que, tales hechos no tienen la conexidad directa, vale decir, no fungen como la causa eficiente del accidente, pues ésta realmente obedeció a las conductas infractoras del actor y su compañero de trabajo de ese entonces. Recuérdese que, no basta la falta de previsiones del empleador, sino que esa falta sea en verdad la causa eficiente del infortunio, prueba que le incumbe siempre al trabajador que alega la culpa del empleador para efectos de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios (**Vid, SL953-2018, SL652-2018, SL092-2018, SL17026-2016, SL13653-2015, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656**).

3.6.3. En cuanto a que fueron desvirtuadas las aludidas indicaciones que AXA COLPATRIA, en su informe hizo a la demanda, ello es evidente, porque, conforme a la prueba documental y testimonial arriba señalada, la actividad de auxiliar de rampa sí está reglada y la misma debe obedecer parámetros señalado no sólo por la demandada, sino también por las autoridades del aeropuerto, quienes, por demás, cuenta con personal y cámaras para vigilar o inspeccionar el cumplimiento de las medidas, con los consecuentes informes para efectos de

impartir sanciones por incumplimiento de las mismas; amén de que sí se dan las capacitaciones del caso.

3.6.4. Si bien las anteriores anotaciones con las que se estiman desvirtuadas las indicaciones de AXA COLPATRIA a la demandada, tienen soporte en los testimonios de MARÍA RUTH ANGARITA JIMÉNEZ y ANGÉLICA YANNETH FALLA PACHÓN, el sólo hecho de que éstas laboran para la empleadora, ello no es suficiente para demeritar la credibilidad de sus dichos, puesto que la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia rad. 22842, del 30 sep. 2004, reiterada en la SL3160-2019, ha señalado:

“Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaran no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso ‘celos profesionales’.

3.7. Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia, dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación (**Vid. CPTSS, art. 66-A**), aunado a que, en la etapa de alegaciones ante el Ad quem, no es viable a los recurrentes incluir nuevos puntos o inconformidades no formulados en la sustentación de la alzada, y por lo mismo, no tiene este Tribunal competencia para realizar un estudio panorámico de la cuestión litigiosa ni abordar temas no cuestionados en dicha sustentación (**Vid. CSJ Sentencia CSJ SL4430-2014**).

4. Costas

Dado que no hubo réplica a la apelación, no hay lugar a imponer condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (Vid. Art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 198-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2021-00154-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	2
1. La demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver.....	4
3. Falta de acreditación de la culpa de la empleadora como causa generante del accidente laboral.....	5
4. Costas	13
VII. DECISIÓN	13
RESUELVE:.....	13
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	14

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 200-2022

Radicado n°. 23-162-31-03-001-2018-00325-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 11 de agosto de 2.022, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS FERNANDO FLORES ESPITIA, FREDY LUIS JULIO SUAREZ, MANUEL ANTONIO MEZA PATRON, DANY DANIEL GUZMAN GUZMAN, LUIS GABRIEL GALEANO ESPITIA, ABEL DAVID JULIO OCHOA, YULIAN ANDRES PAEZ ESPITIA,

JUAN ANDRES HERNANDEZ y ANDRES PETRO GUERRA,
en contra de MARIA INES PINEDA y AMIRA PASTRANA.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Los demandantes piden que se declare la existencia de sendos contratos de trabajo entre los demandantes y las demandadas, que cobraron vigencia entre el 31 de mayo de 2.017 al 31 de octubre de ese mismo año; y, en consecuencia, se condene a las últimos a pagar a los primeros, las prestaciones sociales, indemnizaciones, sanciones y demás rubros laborales señalados en la demanda.

1.2. Hechos

En resumen de lo sustancial, se afirma que entre los demandantes y las demandadas existieron los contratos de trabajo en los extremos temporales arriba señalados, por el cual los primeros prestaron sus servicios personales de oficios varios en la construcción de una carretera en el Municipio de Cotorrá, relaciones laborales que fueron culminadas unilateralmente por las empleadoras, sin pagar los rubros deprecados con la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida y notificada en legal forma la demanda a las demandadas mediante curador ad litem, éste manifestó atenerse a lo que resultare probado en el proceso.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma concentrada, sin recaudarse prueba alguna.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar la ausencia de prueba de las relaciones laborales invocadas con la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si se acreditó entre las partes la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales; de ser así, **(ii)** se estudiará la procedencia y liquidación de las prestaciones, indemnizaciones, sanciones y demás rubros laborales reclamados con la demanda.

Para esclarecer los anteriores cuestionamientos, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (Vid. CST, arts. 23 y 24; y, Sentencias CSJ SL377-2022, SL577-2020, SL1762-2018, SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549).

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales,

prestacionales e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (Vid. sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890).

3. Ausencia de prueba de la relación laboral

3.1. En el caso, como lo dice la A quo, no hay prueba alguna, ni acompañada con la demanda, ni recaudada en las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, de ningún hecho afirmado en la demanda. Por consiguiente, ni siquiera llegó activarse la presunción de contrato de trabajo consagrada en el artículo 24 del CST.

3.2. Puestas así las cosas, no queda alternativa alguna a que confirmar la sentencia consultada, puesto que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le incumbía al tenor del artículo 167 de CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS (Vid. CSJ Sentencias SL1690-2022 y SL3277-2021), por virtud del cual *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, en otras palabras, quien pretende un derecho tiene la carga de probar los hechos que lo sustentan.

3.3. Entonces, como en aplicación del principio de la carga de la prueba, en este asunto, a los demandantes les correspondía

allegar prueba que acreditara, por lo menos, la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales (**Vid. CST, arts. 23 y 24; y, Sentencias CSJ SL377-2022, SL577-2020, SL1762-2018, SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**), deber procesal que incumplieron, se impone confirmar la sentencia consultada que negó las pretensiones de la demanda.

4. Costas

Dado que se desata el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a imponer condena en costas (CGP, art. 365).

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



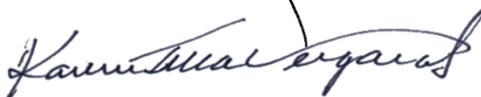
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 200-2022	1
Radicado n°. 23-162-31-03-001-2018-00325-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	3
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
V. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo	4
3. Ausencia de prueba de la relación laboral	5
4. Costas	6
VI. DECISIÓN	6
RESUELVE:	6
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	7

**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- 004 -2019-00387-01- FOLIO 151-22**

MONTERÍA, CATORCE (14) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 23 de marzo de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LEONARDO JOSÉ GALEANO CANTERO contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora LEONARDO JOSE GALEANO CANTERO, 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 COLFONDOS, realizado el 18 de diciembre de 1995. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a COLFONDOS trasladar la totalidad de lo ahorrado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES proceda aceptar el traslado del actor y recibir por parte de COLFONDOS la totalidad de los ahorros hechos por el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero, Por último, invoca que se condene en costas y agencias a las demandadas.

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

- Nació el 12 de octubre de 1964.

- Mediante decreto N° 008 de fecha 29 de 1993 fue nombrado funcionario público del Departamento de Córdoba -secretaría de educación departamental_ tomando posesión del cargo el día 08 de febrero de 1993, encontrándose afiliado en el régimen de prima media con prestación definida en el Instituto de Seguro Social hasta el día 18 de diciembre de 1995.

- El 18 de diciembre de 1995, bajo una actividad engañosa por parte del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, omitiendo el citado fondo darle información acerca de las repercusiones que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Mediante solicitud bajo radicado N° 2019-14669081 de fecha 30 de octubre de 2019, el actor solicitó ante la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue rechazado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

- En la historia laboral se acredita tiene 1204,29 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual por la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$88.118.149), capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLFONDOS no se opuso a las pretensiones de la demanda ni formuló excepciones de mérito.

2.3.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción.*

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 Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, atendiendo que COLFONDOS aceptó no haber brindado una explicación sobre el traslado de régimen de forma clara, precisa, características, consecuencias, etc. Como consecuencia de esa falta de información consideró el A-Quo se da la ineficacia de ese traslado efectuado por el señor LEONARDO JOSÉ GALEANO CANTERO del régimen de prima media con prestación definitiva, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, realizado a través de la sociedad AFP COLFONDOS S.A, con solicitud datada 18 de diciembre de 1995, con efectividad a partir del 01 de enero de 1996. Agrega que, la ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídico por lo que las cosas y las vinculaciones deben retrotraerse desde el momento antes de existencia del mismo, de manera que ha de tenerse como si el traslado nunca hubiese realizado, por ello se entiende que nunca emigró al régimen de ahorro individual. En ese sentido se entiende que el demandante estaba vinculado al departamento de Córdoba, extinta caja de Previsión Social Departamento de Córdoba que administraba Prima Media, y de no haberse trasladado el demandante al RAIS pues estuviera hoy en Prima Media y es que, al aplicar los efectos de la ineficacia, al retrotraer las cosas al estado en que se encontraba, el demandante estuviera afiliado a prima media, administrado por Colpensiones, razón por la cual la administradora COLPENSIONES debe recibir al demandante en la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definitiva, sin solución de continuidad.

En este orden, condenó a COLFONDOS S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliado, los gastos de administración que le descontaron al accionante, seguros previsionales y garantía de pensión mínima y lo demás emolumentos.

Agrega que, tratándose de la pretensión encaminado a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional y sus efectos, la Corte manifestó que los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo no son aplicables, es decir, no opera el fenómeno de la prescripción sobre la acción para reclamar la ineficacia del régimen de traslado por la inobservancia del deber de información, debido que para la Corte es una acción netamente declarativa y que se relaciona con derechos fundamentales irrenunciables e imprescriptibles, por lo que las excepciones de COLPENSIONES las declara no probadas.

Finalmente, condena en costas a favor del demandante y a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Aduce que el señor LEONARDO JOSÉ GALEANO CANTERO inicio en el régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, luego se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS, no obstante, fue una decisión libre y voluntaria donde no midió autorización ni consentimiento por parte de COLPENSIONES, hecho que permite concluir que la entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable por la decisión tomada por el fondo privado de pensiones. El demandante en la actualidad cuenta con 55 años o más de edad cumplidos, por lo que es imposible de cambiarse de régimen por mandato expreso de la ley 797 del 2003 que modifico el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, teniendo en cuenta el aporte aprobatorio, no existe material probatorio que demuestre o que lleva inferir que el señor LEONARDO JOSÉ GALEANO CANTERO no le dieron la información necesaria o le dieron cuales son las condiciones de estar en el régimen de ahorro individual. Teniendo en cuenta esto, en el expediente no existe esa presunción para demostrar que ese acto fue fraudulento. Por lo tanto, teniendo en cuenta que Colpensiones en ningún momento tuvo injerencia para el cambio de régimen, no se le puede condenar a recibir al demandante ni tampoco se le puede condenar en costas

4.2 Apelación de COLFONDOS S.A.

Presenta inconformidad en cuanto a la condena en costas, al considerar que el juez de primera instancia aplico erróneamente el artículo 365 del código general del proceso, esto porque es muy claro en determinar que solo se condena en costas cuando se presente controversias y en el presente asunto no se presentó controversias por parte de COLFONDOS respecto a las pretensiones de la demanda, razón por la cual no es aplicable esta condena.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, plantearon lo siguiente:

5.1. ALEGATOS DE DEMANDANTE

“Es preciso recordar que de acuerdo al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, «los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente» el régimen que mejor se ajuste a sus intereses, por cuanto cada uno tiene características disímiles y regladas, sin que dicha decisión pueda ejercerse con obstrucción o presión alguna del empleador o de terceros, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 ibidem

Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019 explicó que ese deber de información, apareja la de suministrar una asesoría clara y transparente al afiliado, toda vez que la decisión de traslado de régimen pensional es un acto trascendente que repercute en la consolidación y acceso a un derecho fundamental como lo es el pensional.

Por ello, la jurisprudencia ha sido insistente en explicar que la labor de las administradoras de fondos de pensiones, va más allá del simple diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, pues recuérdese que su gestión es parte esencial de la prestación y/o administración de un servicio público obligatorio, que dirige, coordina y controla el Estado, según el artículo 48 de la CP; cuya obligación, según el numeral 1° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, se centra en «[...] garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses».

Ello, por cuanto el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, para efectos de la migración de régimen pensional, requiere que esa decisión esté precedida de información clara, comprensible y suficiente, que le permita al interesado conocer las consecuencias favorables y desfavorables de ese acto y escoger la opción que se adecúe a sus legítimos intereses.

Por todo lo anteriormente expuesto y trayendo a consideración los antelados criterios jurídicos, en fin de alimentar el tópico de la controversia solicito a los honorables magistrados del Tribunal superior de Montería Sala Civil – Familia – Laboral, que acoja nuestros buenos intencionados planteamientos y en estas condiciones se disponga confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

5.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

“En este sentido, 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

Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.

La afiliación es un acto formal mediante el cual una persona natural, vinculada laboralmente o no a un empleador, en forma libre y espontánea diligencia y entrega, debidamente firmado, a la entidad administradora de pensiones de su elección, el formulario establecido para el

efecto, surgiendo así obligaciones legalmente definidas para el administrador como para el afiliado. La afiliación se destaca por las siguientes características:

1.- Acuerdo de voluntades. Ello por cuanto el acuerdo de voluntades es simplemente la coincidencia de la voluntad de dos sujetos sobre un objeto determinado, que comprende de un lado, la afiliación y por el otro, la obligación de las administradoras del sistema de aceptar a todas las personas que cumplan las condiciones de afiliación, que comprende la escogencia del régimen (prima media o ahorro individual con solidaridad) como la administradora de pensiones

2.- Prelación de voluntad del afiliado.

2.1 Selección del régimen

2.3. Selección de administradora

En este contexto, debemos recordar que en los términos de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la selección de la administradora como del régimen compete única y exclusivamente al afiliado, sin que la administradora pueda negarse a aceptarlo si se dan las formalidades del caso, e incluso, el fondo de pensiones anterior, no puede negarse u oponerse al traslado a otra administradora.

Refiriéndonos a la selección del régimen, es claro que solo voluntad es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11 del Decreto 692 de 1994 (Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8) lo que denota el carácter adhesivo.

También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003. Al respecto es importante hacer referencia a lo señalado en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 14 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad, que en su tenor señala: ‘‘ Las administradoras deben contactar a los afiliados que les falten doce (12) años para cumplir la edad de pensión con el fin de que estos reciban información adecuada sobre los dos regímenes, incluyendo la posibilidad de solicitar la asesoría de que trata el subnumeral 3.13 de este capítulo. La información podrá ser proporcionada al afiliado de forma presencial o por medios electrónicos verificables ‘‘

Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección, la cual se puede ejercitar por cualquier medio verificable previamente aprobado por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad,

Teniendo en cuenta esto fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, la Administradora Colombiana de Pensiones ‘‘COLPENSIONES’’ no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces teniendo en cuenta no se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos se le puede condenar en costas, por lo tanto Honorables Magistrados, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a COLPENSIONES, de cualquiera condena.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si 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 COLFONDOS S.A, 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 consecuencias y efectos frente a los accionados. *(iii)* si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción; *(iv)* si procedía la condena en costas a cargo de COLFONDOS S.A.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional.

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

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

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

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

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 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.

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que el señor LEONARDO JOSÉ GALEANO CANTERO efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, con solicitud datada 18 de diciembre de 1995, con efectividad a partir del 01 de enero de 1996.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS 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). No obstante, la AFP COLFONDOS acepto no haber dado información documental al accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado, acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP COLFONDOS 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 nulidad del traslado efectuado.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de COLFONDOS llevan a declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera el demandante el dieciocho (18) de diciembre de 1995 cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

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

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

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

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

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

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

Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019

y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afiliò inicialmente al régimen de prima media administrado por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, entidad que pertenecía al régimen de prima media, siendo oportuno citar lo

expuesto en la SL2696-2022, MP Dra DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema se anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS por omisión del deber de información por parte de COLFONDOS, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliado únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliado a la administradora COLPENSIONES por ser quien administra el mismo, aunado a que al momento en que se trasladó al RAIS, no tenía derecho a la pensión consolidado.

Sobre este tópico manifestó 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)”.

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 ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Propone la accionada COLPENSIONES la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

(...)

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

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A 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 COLPENSIONES, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y propuso excepciones, cuyo resultado fue desfavorable.

Ahora bien, la AFP COLFONDOS S.A muestra inconformidad respecto a la condena en costas impuestas por el A-Quo, como quiera que no existió dentro del proceso controversia alguna pues la entidad no se opuso a las pretensiones, ni propuso excepciones y se allanó a todos los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que mal podría pregonarse la procedencia de la condena acorde con los argumentos arriba expuestos, amén de que para considerar que una parte fue vencida en juicio debió ésta generar debate dentro de la actuación procesal, lo que realmente no ocurrió con el referido fondo de pensiones, por lo que se torna necesario modificar el numeral quinto de la sentencia apelada para en su lugar absolver a COLFONDOS S.A de la condena en costas de primera instancia.

Ahora bien, como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso a COLPENSIONES., además de que hubo réplica de la parte demandante, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ella.

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

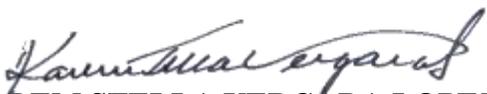
PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada en el sentido de **ABSOLVER** a COLFONDOS S.A de la condena en costas impuestas, atendiendo las consideraciones expuestas en esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo los demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-005-2021-00319-01 FOLIO 147-2022**

MONTERÍA, CATORCE (14) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.S contra la sentencia pronunciada en audiencia del 20 abril de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PROTECCION S.A a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, asimismo, se declare que la actora ha tenido como única afiliación válida al régimen de prima media con prestación definida. Por consiguiente, ordenar a COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de PROTECCION la totalidad de los ahorros hechos por la actora en su cuenta de ahorro

individual junto con su rendimiento financiero. Por último, invoca la indexación de todas las condenas, costas y agencias a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- La señora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO nació el 12 de mayo de 1965.

-Fue afiliada y cotizó en el Régimen de Prima Media administrado anteriormente por el ISS, hoy por COLPENSIONES. Posteriormente, fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, en donde fue afiliada e inició cotizaciones a partir del 01 de diciembre de 2004 en la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.

–Al momento de su traslado y afiliación a la administradora del RAIS, los asesores de dicha entidad no le suministraron información documentada sobre los aspectos negativos y positivos y las diferencias entre el RAIS y del Régimen de Prima Media con Solidaridad administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

-Al ser trasladada y afiliarse al RAIS, no le brindaron información documentada sobre las variables que influyen en la liquidación de su mesada pensional, como el capital que debe acumular para la pensión de vejez, la expectativa de vida, la conformación de su grupo familiar, la tasa de rendimiento del Fondo de Pensiones Obligatorias, tampoco le informaron documentalmente la proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría en dicho régimen y la que percibiría en el RPM.

-En razón a ello, la señora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO solicitó una simulación pensional a PROTECCIÓN, la cual le fue expedida el 06 de agosto de 2021, en donde la AFP le informa que a la edad de 57 años, cotizando con un salario de \$6.301.811, y con su cónyuge de 57 años de edad, le reconocerían la devolución de saldos; y que a la edad de 58 años, con las mismas variables, tendría una mesada pensional de \$908.526, por Garantía de Pensión Mínima, es decir, el salario mínimo mensual legal vigente.

-Solicitó a un calculista particular la proyección de pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, la cual fue realizada el 28 de octubre de 2021, arrojando como mesada más favorable la obtenida con el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral por valor de \$4.533.290,20, para el mes de mayo de 2027, cuando alcanzaría las 1300,7 semanas de cotización; con base en un IBL de \$7.305.817, aplicándole una tasa de reemplazo del 62,05%.

-Por todo lo expuesto, el 12 de noviembre de 2021, a través de apoderado, presentó ante COLENSIONES una solicitud de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y/o afiliación al Régimen de Ahorro Individual, la cual quedó radicada bajo el número 2021_13588954.

-COLPENSIONES, a través de correo electrónico recibido el 19 de noviembre de 2021, adjuntó el Oficio fechado 17 de noviembre de 2021, mediante el cual dio respuesta negativa a la petición anterior.

-Que por la falta de información documentada, las Administradoras del RAIS la indujeron a un error al trasladarse de régimen pensional dejando el que administraba el ISS, hoy COLPENSIONES, perjudicando de esa manera su situación pensional, y sus derechos irrenunciables como usuaria del Sistema de General de Pensiones.

2.3. Contestación y trámite

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

2.3.1. PROTECCION propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, buena fe, prescripción e Innominada o Genérica;* además propuso la excepción previa de “*no contener la demanda todos los listis consorte necesario*”, solicitando se convoque al proceso a PORVENIR.

2.3.2. PORVENIR, vinculada como litisconsorte necesario propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.*

2.3.3. 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 financiero del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, innominada o genérica.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primera se vinculó al proceso a PORVENIR S.A. y en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante y declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo la señora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 26 de octubre de 2001 con efectividad a partir del primer (1) de diciembre de 2001, ello como consecuencia de esa falta de información; además, se declara ineficaz el posterior traslado de régimen que hizo de PORVENIR S.A a PROTECCION S.A, que se hizo efectivo el 01 de diciembre de 2001, atendiendo a que las cosas vuelven a su estado anterior.

Por lo anterior, condenó a PORVENIR S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron a la accionante y lo demás emolumentos. Frente a Protección, por ser la última entidad en la cual se encuentra afiliada, deberá devolver a Colpensiones todos los aportes que tenga en la cuenta individual, bonos pensionales, gastos de administración con rendimiento financiero y demás, y en cuanto a COLPENSIONES, indicó que la actora conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido.

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Colpensiones

Muestra inconformidad con la condena, argumentando no estar de acuerdo con que Colpensiones se vea inmerso en la declaratoria de ineficacia de traslado y con ello tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la sentencia, lo anterior teniendo en cuenta que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que intervinieron, siendo Colpensiones ajena a esa circunstancia porque en ningún momento asesoró ni brindó información para que la demandante accediera al traslado, el que se constituye en un acto libre, voluntario y autónomo por parte de la afiliada.

Plantea debe ser la administradora de pensiones receptora, del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria. Agrega, cuando el trabajador asalariado independiente en el momento de afiliarse del sistema de pensiones debe ver el régimen al que quiere pertenecer, pero luego tiene la oportunidad de cambiarse o trasladarse de régimen de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en el caso de la demandante cuenta con 56 años por lo que estaría en curso en la prohibición legal para trasladarse de régimen.

En cuanto a las costas, se opone puesto que Colpensiones en 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 la misma, respecto al artículo 365 del código general del proceso, numeral 5.

4.2. Apelación de PORVENIR

Aduce Porvenir S.A. no es dable manifestar que por el hecho de no haberse entregado una información detallada respecto de una proyección del monto de la mesada pensional que hubiese tenido la demandante al momento de cumplir los requisitos, son causas jurídicas, causas legales para efectos de declaratoria de una ineficacia, pues la misma ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales, los cuales tienen sus requisitos legales diferentes e incluido el modo de liquidación del monto de la mesada pensional, por tanto esa inconformidad que se alega por parte de la demandante referente a que su mesada pensional si hubiese estado en el régimen de prima media difiere recibirla estando en el régimen de

ahorro individual, esa inconformidad sobre esa diferencia entre el monto no es dable conlleve la declaratoria de una ineficacia.

Indica que en el interrogatorio de parte se acreditó la demandante si tuvo contacto con el asesor de fondo de pensiones, entonces si se le entregó la correspondiente información, además de ello es una persona completamente capaz y con unos estudios académicos, con una capacidad de comprender asuntos jurídicos, tanto así que posteriormente decide trasladarse al fondo de pensiones Protección, una razón más válida para comprender que la demandante tenía conocimientos respecto al régimen de ahorro individual,.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración que en su oportunidad se descontaron por vigencia de esa afiliación, señala que la finalidad de esos gastos de administración que se descontaron y que en su oportunidad generaron unos rendimientos financieros, posteriormente con el traslado que hizo la demandante al fondo de pensiones protección se procedió con la devolución tanto de esas cotizaciones como de esos rendimientos, entonces tener en cuenta que esa finalidad que tienen los gastos de administración por cuanto esa administración esa gestión realizada por el fondo de pensiones conllevo a la generación de esos rendimientos financieros, más los gastos de administración son unos descuentos que se encuentran amparados y autorizados por la misma ley, por lo que no tendría que devolver emolumento alguno a Colpensiones.

Finalmente, se muestra inconforme con la condena en costas por considerar que en su oportunidad la demandante decidió trasladarse y se actuó con su voluntad.

4.3. Apelación de PROTECCION

Muestra inconformidad con la condena a la devolución de rendimientos financieros y el dinero obtenido para el pago de la póliza, pide se aparte de dicho precedente toda vez que ha cumplido PROTECCION a cabalidad de todas sus obligaciones, al momento del traslado de la AFP cuando devolvió los dineros que reposaban en la cuenta individual, pero no asiste causa jurídica para la devolución de los dineros que se obtuvieron para las contingencias de vejez, invalidez y muerte toda vez que estas se encontraron amparadas durante todo el tiempo de la vigencia del contrato. Además, la aseguradora es un tercero que no podría sufrir la carga de este fallo, ni siquiera fue llamada al juicio y tampoco existe razón jurídica para que las aseguradoras sean llamadas, entonces no se puede ir a cobrar un dinero a la aseguradora ya que esas contingencias estuvieron efectivamente amparadas.

En cuanto a los gastos de administración, indica existe un contrasentido en la sentencia toda vez que, frente a los rendimientos financieros o frutos civiles, le otorga a la declaratoria de ineficacia el efecto de la terminación del contrato, entonces no se puede desaparecer en el tiempo y este es el efecto que se le da cuando se decreta que se devuelvan los dineros junto con sus rendimientos, pero después dice la misma Corte, que debe devolverse los gastos de administración, es decir, que debe devolverse las cosas al estado anterior en cuanto a los gastos de administración se refiere, dándole dos defectos distintos a la misma declaración de ineficacia al mismo acto de traslado. Porque una sanción de ese tipo -devolución de los gastos de administración y seguro provisional- solo podría ser impuesta por el legislador a través de una reforma legislativa, no es la Corte Suprema de Justicia la llamada a legislar en este caso.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde reitera los argumentos expuestos en la alzada

5.2. ALEGATOS PORVENIR S.A

Oportunamente la administradora PORVENIR allega escrito donde argumentó lo siguiente

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de

las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.

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, en el régimen de ahorro individual y permite 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. Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

5.3. ALEGATOS PROTECCION S.A

Oportunamente la administradora PROTECCION allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“no existe una razón para la declaratoria de ineficacia pedida pues el acto de traslado de régimen fue realizado con pleno cumplimiento por la normatividad y jurisprudencia vigentes para el momento en que fue realizado. Al realizar el traslado, si bien existía deber de información este no tenía reglas particulares sobre como ejercerlo y probarlo, la única obligación particular de mi defendida al respecto era dejar la voluntad plasmada en un formato de afiliación como efectivamente se hizo.

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

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

(...)

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

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

a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada..

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

5.4. ALEGATOS DEMANDANTE

Oportunamente y a través de apoderado, allega escrito donde solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, citando como respaldo diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

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

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual.**”* 1

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

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

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos

regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL 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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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 la señora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO 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 26 de octubre de 2001 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2001.

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

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

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

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

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241

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.

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.

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”

Acorde con lo anterior, al declararse la nulidad del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, ateniendo que la demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte en ineficaz su traslado entre fondos del RAIS efectuado el 01 de diciembre de 2001, de la AFP PORVENIR a la AFP PROTECCION, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la demandante al RAIS, sin importar que no haya participado en el acto de afiliación inicial. Lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, se encuentra afiliada al régimen prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al

régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada:

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

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

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

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

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

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

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

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de

pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

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

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo que estuvo afiliada la señora BERENICE BERNARDA DE LA PEÑA OSPINO, el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta AFP, desde 01 de diciembre de 2001 hasta 01 de diciembre de 2004.

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 frente a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación en los términos planteados por PORVENIR y PROTECCION, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(...) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

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

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que 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.

6.5. 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)”.

6.6. COSTAS.

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

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

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

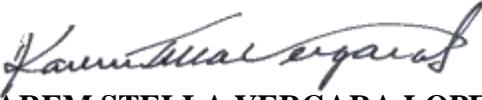
RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 167-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00384-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por todos los sujetos pasivos de la relación procesal, contra la sentencia pronunciada en audiencia de 05 de Julio del 2.022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS RICARDO ZÚÑIGA SIMPSON, GERMAN CANO VERGARA, ANDRÉS ARTURO PÉNATE RUIZ y EDILBERTO PESTANA HERRERA contra CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. quien llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Los demandantes piden que se declare la existencia entre ellos y la CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., de sendos contratos de trabajo de obra o labor, desde el 4 de abril de 2017 al 18 de septiembre de 2017. En consecuencia, piden condenas por prestaciones, indemnizaciones y otros rubros laborales señalados en el libelo introductorio. Así mismo, que tales condenas sean también impartidas a la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., como solidaria responsable, por ser la beneficiaria de la obra.

En síntesis, se invocan como hechos de la demanda que, los promotores de la Litis prestaron sus servicios en el interregno deprecado, en el que devengaban \$35.000 diarios, como trabajadores de la construcción en la modalidad de obra o labor, en el cargo de ayudantes de construcción, a la empresa CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., en el proyecto de vivienda denominado INDIGO Zonas comunes, en virtud del contrato celebrado entre ésta y la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., quien era la encargada de la ejecución del proyecto de vivienda INDIGO, por ende, beneficiaria de la labor

ejecutada por los demandantes. Así mismo, señalan que fueron despedidos injustamente por el Señor Teodoro Díaz Espejo, sin que le cancelaran acreencias laborales producto del mismo, como tampoco aportes a la seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, subsidio familiar e indemnización por despido injusto.

2. Contestaciones a la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, **CONSTRUCCIONES TORRES FUERTE LTDA**, no compareció al proceso, por ende, por ella contestó la demanda un curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones, afirmó no ser ciertos los hechos y propuso la excepción de mérito que denominó: *prescripción trienal*. La **CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A.**, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación pasiva y prescripción*. La llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, propuso las excepciones de: *inexistencia de solidaridad laboral que trata el artículo 34 del CST del Trabajo con respecto a Constructora Colpatria S.A., Prescripción y cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la ley, conforme al artículo 282 del Código General del Proceso*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron separadamente. En la última, se practicó el interrogatorio a los

demandantes LUIS RICARDO ZÚÑIGA SIMPSON, GERMAN CANO VERGARA y ANDRÉS ARTURO PÉNATE RUIZ; a la representante legal de CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A.; y, se recibió el testimonio del señor JUAN CAMILO RIVERO TORRES (solicitado por la parte demandante).

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el A quo declaró la existencia de una relación laboral entre los demandantes y la demandada CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA, en el extremo temporal pretendido, condenando a emolumentos laborales e indemnizaciones, así mismo, condenó, como beneficiaria del trabajo realizado por aquellos, y, por ende, como solidaria responsable, a la demandada CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. a pagar los mismos, y a la llamada en garantía a cubrir el monto de la obligación a cargo de ésta última respetando el límite asegurado a excepción de la compensación de vacaciones, y las costas, se abstuvo de condenar a la indexación de las sumas mencionadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió de las restantes pretensiones, al encontrar acreditados, con el acervo probatorio arrojado el plenario, esto es, la documental y testimonial, las reglas probatorias establecidos para tal fin conforme a los artículos 23 y 24 CST, y la solidaridad según lo consagrado en el artículo 34 CST.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación del Curador Ad Litem de la demandada Construcciones Torre Fuerte Ltda

Su inconformidad, en apretada síntesis, se contrae a que las condenas que le fueron impuestas, deben ser consecuencia de las pruebas de los hechos que suscitaron el litigio, pero el material probatorio recaudado no es suficientemente claro para determinar la relación laboral con CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA, ni que haya obrado de mala fe, por lo tanto, deprecia la exoneración de las condenas en contra.

2. Apelación de la demandada Constructora Colpatría S.A.

Refuta la sentencia inicial, arguyendo principalmente que los demandantes nunca tuvieron un vínculo laboral con la empresa CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., porque ésta no hizo actos de empleador con ellos como tampoco le prestaron un servicio personal, por lo tanto no es responsable solidariamente de ninguna de las prestaciones y condenas que le fueron impuestas, por la supuesta relación con un tercero, que si bien suscribió un contrato comercial con CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., este se desarrolló con plena autonomía e independencia por parte del contratista, sin que hubiese existido injerencia por parte del contratante,

desconociéndose así, si se llevó a cabo la prestación del servicio por parte de los demandantes a la demandada contratista y las condiciones en que se desarrolló el mismo. En cuanto a la solidaridad, señaló, lo dispuesto en el artículo 34 CST y pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que establecen que su aplicación exige la afinidad de las labores contratadas con las normales del beneficiario del servicio, que si bien puede ser común en la industria en general no haga parte esencial de la actividad del beneficiario del servicio, es decir, no es que cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, tampoco de cualquier labor desarrollada por ésta, puede generar el pago solidario de las obligaciones laborales, sino que las tareas coincidan con el digno propósito que busca un empresario y el contratista u otras palabras que sean afines, en consecuencia, reitera que CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., es un tercero de buena fe y no tuvo responsabilidad alguna frente a la mora que pudo incurrir el empleador en el pago de las acreencias laborales, conforme a las prueba documental y lo desarrollado en el proceso.

3. Apelación de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.

Sus inconformidades, se centran en que el A Quo no tuvo en cuenta las vigencias del contrato de seguros, el cual es ley, empieza desde el 04 de mayo de 2017 al 28 de abril de 2023,

existiendo una exclusión respecto de labores que no pueden ser incluidas como condenas a su cargo y que, si bien el Juzgador considera que la obligación nace al momento de la terminación del presunto contrato laboral, la obligación ha de nacer desde que se presta el presunto servicio.

Adicionalmente, señala que no se demostró la relación laboral entre los demandantes y Construcciones Torre Fuerte y principalmente hacia Constructora Colpatria S.A., porque los testimonios no fueron concluyentes y no se aportó prueba sumaria de la relación laboral, y tampoco se configuró la solidaridad, porque, si bien la función de construcción hace parte del objeto social de la asegurada, se está condenando a un tercero de buena fe.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente presentaron alegaciones conclusivas los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. La última expuso, respecto de la condena por sanción moratoria, debe también estudiarse de frente al deudor solidario, es decir, si incurrió en buena o mala fe y no sólo en el caso del empleador; que como tiene carácter sancionatorio no se extiende en la solidaridad condenada; y pidió la exclusión de la condena en costas y responsabilidad de las sociedades llamadas en garantía respecto de cualquier condena impuesta a su representada.

La parte demandante, arguyó consideraciones similares a las expuestas por la A quo.

La llamada en garantía presentó sus alegaciones de manera extemporánea.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual es procedente desatar de fondo los recursos de apelación.

2. Problemas jurídicos a resolver

Teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 66-A del CPTSS, la sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** Si se acreditó entre los demandantes y CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA la existencia del contrato de trabajo; de ser así, **(ii)** si en caso de condena a dicho empleador, hay lugar a condenar solidariamente a CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., como beneficiario de la obra; y, en caso afirmativo, **(iii)** si la llamada en garantía, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., debe pagar

la totalidad de las condenas impuestas a cargo de la asegurada CONSTRUCCIONES COLPATRIA S.A. en la forma dispuesta por el A quo.

Para esclarecer los anteriores cuestionamientos, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación **(Vid. Art. 24 CST y Sentencias SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549).**

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales, prestacionales e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos **(Vid. sentencia**

SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890).

4. La existencia del contrato de trabajo entre las partes

4.1. Se discute, como se dijo, la existencia o no entre las partes de una la relación laboral entre los convocantes de la Litis y Constructora Torre Fuerte Ltda. Las distintas tesis al respecto, son: por un lado, la del A quo, quien acogió la de la parte demandante en armonía con la valoración del acervo probatorio recaudado en el plenario con las precisiones de rigor, en el sentido que sí hubo tal relación. Y, por el otro lado, la de la parte demandada CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA y la de la llamada en garantía, quienes afirman que no la hubo.

4.2. La Sala disiente de lo anterior, puesto que como lo encontró demostrado el A quo conforme al principio de la libre formación del convencimiento contemplado en el artículo 61 CPTSS orientado por la sana crítica, las pruebas arrimadas y recaudadas regular y oportunamente dentro del plenario, esto es, las documentales y la testimonial del señor JUAN CAMILO RIVERO TORRES, las que fueron objeto de contradicción, dan cuenta de la prestación personal de los servicios de los actores a favor de CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., fueron objeto de un juicio de valor equilibrado y acorde a los efectos que se desprendían de las mismas, sin que se encuentre asomo de opacidad o consecuencias diferentes de las que ellas

emanan, y tampoco se brindaron elementos concretos por parte de los recurrentes en torno a qué erró el Juzgador de Instancia en su valoración probatoria para dar efectivamente por demostrado el contrato de trabajo declarado.

5. Responsabilidad solidaria de Constructora Colpatria S.A.

5.1 Cabe advertir, que la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., finca su inconformidad en que ella no es la verdadera empleadora de los demandante, y por ende no hay lugar a extenderles efectos solidarios de las condenas del contratista; que, en modo alguno se observa que el contrato de trabajo de los demandantes se haya desarrollado por órdenes de la citada constructora, sino que la solidaridad deviene de la ejecución de un contrato civil que suscribió con CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., que en modo alguno negó durante el transcurso del proceso, sino que se escuda en decir que ésta era un independiente para la ejecución del mismo, que gozaba de plena autonomía, argumentos que, paradójicamente, permiten destruir los embates sustentatorios de la apelación.

5.1.1. Así, de la solidaridad predicada en primera instancia tenemos que, para la época en que los actores prestaron sus servicios personales a CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA., se acreditó que ésta fue contratada por la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., para la construcción

denominada: «*Proyecto no vis – Montería – Zonas Comunes*», lo cual se constata con el respectivo contrato de obra otro sí N°1 y N°2 y con la acta de liquidación final y terminación aportado por la demandada CONSTRUCTORA COLPATRIA -fls.148 a 150 y archivo electrónico *18 ContestacionSuramericana20200918-*.

5.1.2. Además, de los certificados de la Cámara de Comercio tanto de CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA. -fls.35 a 37-, como de CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. -fls.38 a 44, 60 a 66-, se desprenden que ambas tienen como objeto social la actividad de la construcción.

5.1.3. De tal suerte que, los dichos de los demandantes LUIS RICARDO ZÚÑIGA SIMPSON, GERMAN CANO VERGARA y ANDRÉS ARTURO PÉNATE RUIZ, en sus interrogatorios de parte, y, como del testigo JUAN CAMILO RIVERO TORRES, en este aspecto, sí aparecen corroborados con la prueba documental antes señalada.

5.1.4. Luego, en armonía con lo dicho por el Juez de Instancia, estima la Sala acreditado los presupuestos previstos en el artículo 34 del CST para predicar la responsabilidad solidaria de la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., en el pago de las obligaciones laborales que le incumben a su contratista independiente, CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE, con respecto a los demandantes, puesto que, conforme a lo que se ha expuesto, sí cabe predicar la existencia de prueba que éstos

prestaron sus servicios personales consistentes en ayudantes de construcción; y, que tal labor como también la actividad de su empleadora CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA, cual es la de construcción, no resultan extrañas a la actividad normal de la CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., quien fue a la postre la beneficiaria de la obra por la cual contrató a la empleadora de los demandantes, en consecuencia, no hay lugar a equívocos para confirmar tal declaración y condena.

5.2. En cuanto a la buena fe del responsable solidario, basta señalar que, para predicar su responsabilidad en el pago de las mentadas sanciones, no es necesario indagar la buena fe de las mismas, sino exclusivamente la del empleador, punto que fue objeto de organización argumentativa en los alegatos de conclusión, porque en la sustentación del recurso se abordó de manera general, en razón a ello se estudia, al interpretarse la esencia de ellos.

5.2.1. En efecto, el apoderado de CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., para demostrar que sí hay lugar a considerar la buena fe del responsable solidario, trae a cuento la sentencia de la Honorable Sala de Casación Laboral **SL, 22 abr. 2004, Rad. 21074**. No obstante, la tesis de esa sentencia, que incluso fue reiterada posteriormente en la sentencia **SL, 24 feb. 2005, Rad. 23233**, fue revaluada por ese mismo órgano de cierre a partir de la sentencia **SL, 6 may. 2005, Rad. 22905**, en la que expresó:

“Si bien es cierto que en fallo del 22 de abril de 2004 (Rad. 21074), ratificado posteriormente en la decisión del 24 de febrero de 2005 (Rad. 23233), sostuvo esta corporación que el deudor solidario del contratista (artículo 34 del C.S.T.), o sea, el dueño de la obra o beneficiario del trabajo, termina equiparándose al empleador para efectos de la sanción del artículo 65 del C.S.T., por lo que era atendible su buena fe para verse exonerado de la obligación de indemnizar, reexaminando el tema por la mayoría de la Sala, es del caso ahora recoger la anterior jurisprudencia, por las razones que seguidamente se exponen.

“El artículo 34 del C. S. del T. no hace otra cosa que hacer extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista, al dueño de la obra conexas con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral, como lo ha sostenido esta Sala en otras ocasiones. La relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación con el obligado solidario, apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en las sentencias del 26 de septiembre de 2000 (Rad. 14038) y del 19 de junio de 2002 (Rad. 17432).

“Es claro, entonces, que la culpa que genera la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se le haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad, que, a su vez, le permite a éste una vez cancele la obligación, subrogarse en la acreencia contra el contratista, en los términos del artículo 1579 del

Código Civil, lo que, se ha dicho, reafirma aún más su simple condición de garante.

“En estas condiciones, es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario.

“Como tuvo oportunidad de analizarse, al ser despachado el cargo anterior, el Tribunal al confirmar la decisión del a quo sin ninguna consideración al respecto, acogió sin reservas los planteamientos de éste con relación a la conducta injustificada del empleador contratista, que lo llevaron a concluir su falta de buena fe al abstenerse de cancelar oportunamente las acreencias de su extrabajador. Fundamento fáctico éste que no ataca el cargo y que es suficiente para mantener la decisión.

“Es, en consecuencia, irrelevante para la decisión, que la conducta asumida por la obligada solidaria hubiere estado o no revestida de buena fe, por lo que la acusación se torna infundada.”.

5.2.2. El anterior precedente contiene la tesis o doctrina judicial actualmente vigente de la Honorable Sala de Casación Laboral, la cual ha reiterado, entre otras, en las sentencias **SL3438-2020; SL1081-2018; SL13686-2017; SL10663-2017; SL587-2013; SL 21 mar. 2012, rad. 39128; SL, 3 nov. 2010, rad. 17936; y, SL, 20 feb. 2007, rad. 28438**, entre muchas otras.

5.3. De otro lado, respecto de las costas y la responsabilidad de las sociedades llamadas en garantía respecto

de cualquier condena impuesta a la demandada CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., no se analizarán, toda vez que fueron temas nuevos no abordados en la sustentación del recurso de apelación, recordándose que en el auto admisorio de fecha 10 de agosto de 2022, claramente se señaló que, en las alegaciones de conclusión no era dable exponer nuevas inconformidades no planteadas en la sustentación de la alzada (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

6. Responsabilidad de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.

6.1. Está acreditado con la póliza n° 1852669-6 y sus anexos¹-, el contrato de seguros en el que figura como tomador CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA, como beneficiario o asegurado CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. y como aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., y en el que, por virtud del mismo, ésta última ampara, entre otros rubros, el pago de las obligaciones laborales derivadas de la ejecución del contrato de obra celebrado entre el tomador y el asegurado durante el periodo del 4 de mayo de 2017 al 28 de abril de 2021.

¹ Archivos electrónicos identificados como 05ContestacionColpatria20190408, 06LLAMAMIENTO EN GARANTIA CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. y 18 ContestacionSuramericana20200918 incorporados en el expediente digital de primera instancia.

6.2. Del mismo, reprocha la apoderada judicial que se debió respetar la vigencia de la cobertura, esto es, desde el **4 de mayo de 2017 hasta el 28 de abril de 2021** y las condenas que le fueron impuestas en razón de la póliza atrás citada, le extienden efectos por la prestación de servicios que eran anteriores a ella, nótese que los contratos de trabajo fueron declarados desde el **04 de abril de 2017 al 18 de septiembre de 2017**, y con base en ese lapso se liquidaron los créditos laborales a favor de los demandantes.

6.3. Para dar solución al señalado tópico, evidenciamos que el siniestro que le incumbe a la aseguradora garantizar, es el incumplimiento de las obligaciones laborales, pues en el numeral 5 del anexo de la póliza susodicha, se establece que *se cubre al asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones laborales cuando sea solidariamente responsable de las mismas conforme al artículo 34 del CST*. Luego entonces, no ha de mirarse la fecha en que tales obligaciones empiezan a generarse, sino la fecha del incumplimiento de las mismas, que como se puede avizorar están dentro del rango de vigencia del amparo contratado, que resultaron a la finalización del contrato de trabajo de los demandantes conforme a su causación, sin que sea dable predicar que, con tal estipulación, quedaron por fuera de cubrimiento los rubros antes señalados.

7. Conclusión

Siendo que todos los reparos de las apelaciones de las demandadas fueron dilucidados y que, como se dijo, al Ad quem, por virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, no tiene competencia sino sólo para ocuparse de las inconformidades planteadas en la apelación, hay lugar, entonces, a confirmar la sentencia de primera instancia.

8. Costas

Dado que hubo réplica a los recursos de apelación, los cuales no prosperaron, y la decisión se confirmará en su totalidad, hay lugar a condenar a CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., a pagar a los demandantes las costas de esta segunda instancia (**Vid. CGP, art. 365-3º**). Se excluye de esta condena a CONSTRUCCIONES TORRE FUERTE LTDA, porque su apelación fue a través de curador ad litem.

Las agencias en derecho atinentes a este segundo nivel jurisdiccional, se fijan en un (1) SMLMV para cada uno de los demandantes y a cargo, como se dijo, CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en proporciones iguales (Vid. numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; y, CGP, art. 365-6º).

V. DECISIÓN

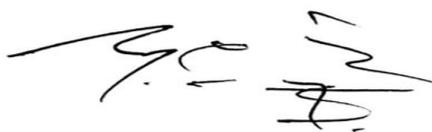
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada que quedó descrita en los comienzos de la presente providencia.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En el momento oportuno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

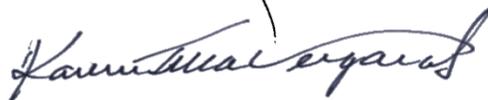


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 167-2022.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00384-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
1.1. Pretensiones	2
2. Contestaciones a la demanda y trámite.....	3
II. LA SENTENCIA APELADA.....	4
III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN.....	5
1. Apelación del Curador Ad Litem de la demandada Construcciones Torre Fuerte Ltda	5
2. Apelación de la demandada Constructora Colpatria S.A.	5
3. Apelación de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.....	6
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	7
V. CONSIDERACIONES	8
1. Presupuestos procesales	8
2. Problemas jurídicos a resolver	8
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.....	9
4. La existencia del contrato de trabajo entre las partes.....	10
5. Responsabilidad solidaria de Constructora Colpatria S.A.....	11
6. Responsabilidad de la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.....	16
7. Conclusión.....	17
8. Costas	18
V. DECISIÓN.....	19
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	19