

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

Folio 196-2022
EXPEDIENTE No. 231823189001202000016-02
Aprobado por Acta N. 70

**Montería, Treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, tanto demandante como demandada, en contra de la sentencia adiada 08 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZÁLEZ** contra **MANEXKA E.P.S.I, LIQUIDADA**.

I. ANTECEDENTES

1. El señor Francisco Javier Herrera González, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de Manexka E.P.S.I., Liquidada, a fin de que se declare que entre éstos existió una relación laboral desde el 01 de enero de 2017 hasta el día 11 de marzo de 2019.

Como consecuencia de lo anterior, pretende el actor se condene a la demandada a pagar los siguientes rubros laborales:

- Salarios insolutos desde el 01 de abril de 2017 hasta el 11 de marzo de 2019
- Primas por los años 2017 y 2018 \$1.181.632.
- Vacaciones de toda la relación laboral \$1.181.632
- Cesantías por los años 2017 y 2018 \$2.363.264.
- Sanción moratoria por no consignación de cesantías de los años 2017 y 2018.
- Aportes a seguridad social por el término de la relación laboral.
- Se falle ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

2. Los ruegos antecedentes, se fundamentaron en los hechos que la Sala sintetiza así:

- Relata el accionante, que prestó sus servicios personales para la entidad accionada, desde el 01 de enero de 2017 hasta el día 11 de marzo de 2019.

- Narra que, el servicio se prestó a través de un contrato de trabajo a término fijo No. 0092 - 2017, desde el 01 de enero de 2017 hasta diciembre de 2017, en el cargo de coordinador salud pública, acordando un salario mensual de \$1.181.632.

- Sostiene que la demandada solo le canceló los salarios de los meses de enero, febrero y marzo de 2017, adeudándole aquellos que se causaron desde el mes de abril de 2017 hasta el mes de marzo de 2019.

- Señala que, se le adeudan las acreencias laborales correspondientes a primas, cesantías, vacaciones; así como los aportes a seguridad social en pensión y salud.

- Manifiesta que, presentó reclamación administrativa el día 20 de febrero de 2019; y, en respuesta a su solicitud, señala que Manexka le

reconoce \$12.015.080, sin embargo, se muestra inconforme con dicho valor, pues, considera que no está acorde a lo reclamado.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **MANEXKA EPS I EN LIQUIDACION**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que la relación laboral existió hasta el 27 de marzo del año 2017, cuando la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la toma de posesión, bienes, haberes y negocios de Manexka EPSI, mediante Resolución 000527 del 27 de marzo del año 2017, por lo que se entienden terminados todos los contratos. Por consiguiente, estima que no habría reconocimiento de pago de acreencias laborales y pagos de seguridad social.

Adicionalmente, sostiene que la no prestación del servicio se generó porque la entidad dejó de cumplir su objeto social, el cual consiste en cumplir funciones de aseguramiento en salud, lo cual implica que la entidad tenga afiliados activos para prestarle servicios de salud a través de la red prestadora. No obstante, aduce que dicho supuesto no se cumplió, teniendo en cuenta que se surtió un traslado de afiliados a otras EPS.

Propuso como excepciones de fondo la de *cobro de lo no debido, y Terminación de contrato de prestación de servicios año 2017 por inexistencia de prestación de servicios y por inexistencia del objeto social de la empresa.*

4. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO

El Juzgado de conocimiento, que lo fue el Promiscuo del Circuito de Chinú, mediante sentencia de fecha 08 de abril 2022, declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada; en consecuencia, condenó a Manexka EPS I Liquidada, al pago de \$10.752.238., por concepto de la indemnización por despido injusto; negando las demás pretensiones de la demanda. Por último, condenó en costas a la parte accionada.

Como sustento de su decisión, el Juez *A quo*, inicialmente procedió a citar la normatividad que regula el contrato de trabajo, como son los artículos 22 y 23 del CST, donde definió y explicó cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Además, recordó que el artículo 24 del CST, contempla una presunción, consistente en que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo.

En tal sentido, señaló que en el presente proceso resulta incuestionable la configuración de la presunción del contrato de trabajo entre las partes, pues, a su criterio, está acreditada la prestación personal del servicio, por parte del actor para con la demandada, y ello se desprende por el mismo contrato escrito aportado con la demanda.

De otra latitud, expresa que, por el hecho de presumirse el contrato de trabajo por la mera prueba de la prestación del servicio, ello no significa que esté acreditado que fue un solo contrato de trabajo. Ante tal observación, estima que, de las pruebas documentales allegadas al proceso, se advierte que el actor ha suscrito una serie de contratos a término fijo, siendo el último el No. 0092 de 2017, como coordinador del municipio de Chinú.

De otra parte, con relación a la terminación del contrato, expresó que no se puede predicar la separación automática de las funciones del demandante, y por ende la terminación de su contrato de trabajo con el inicio de la liquidación de la entidad demandada, pues, el demandante

ejercía funciones de asesor, citando la sentencia SL del 19 de octubre de 2005, radicación 26560.

De esa manera, explicó que la iniciación de un proceso de liquidación no conlleva, por regla general, a la terminación, y según lo dispuesto en el artículo 140 del CST, cuando la causa de esa terminación del servicio es achacable al empleador, este debe continuar pagando los salarios, hasta cuando se registre la finalización de dicha liquidación. No obstante, asegura que 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 para que ello ocurra, según lo dispuesto en el artículo 61 del CST, debe solicitar autorización al Ministerio del Trabajo e informar por escrito de este hecho a los trabajadores. Así pues, indicó el *A quo* que con el inicio de liquidación de la entidad demandada, no se podía dar la terminación del contrato de trabajo del actor.

En tal sentido, para establecer el extremo final de la relación, estimó que el mismo fue suscrito hasta el día 31 de diciembre de 2017, pero fue terminado de manera anticipada el día 27 de marzo de 2017, con ocasión a la entrada en liquidación de Manexka EPS, hoy ya liquidada.

En conclusión, estableció que, entre las partes, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el día 01 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017 (Min 36:14), encontrándose probado que existió una terminación abrupta de ese contrato desde el día 27 de marzo de 2017 (Min 36:20); por lo que consideró que resultaba procedente la condena por concepto de despido injusto en los términos del artículo 64 del CST, la cual corresponde al término que faltó para culminar lo acordado en el contrato No. 0092- 2017.

Con relación a las demás suplicas de la demanda, expresó que no había lugar a las mismas, pues, se acreditó el pago de las acreencias hasta la fecha de entrada en liquidación de la empresa, tal como se observa en los anexos de la demanda, y al encontrarse que, a partir de la entrada

en liquidación el demandante no ejerció las labores encomendadas, no es posible impartir condena por esos rubros (Min 37:35). De esa manera, procedió a tasar la liquidación por despido sin justa causa, calculándola desde el 27 de marzo de 2017 hasta el 28 de junio de 2019. 9 días más 29 meses, con un salario de \$828.857, para un total de \$10.752.238 (Min 39:57).

III. RECURSO DE APELACIÓN

- **Parte demandante**

Manifiesta la parte demandante que el Juez de instancia al momento de liquidar la indemnización por despido sin justa causa, tomó un salario que no está acorde al pactado en el contrato 0092 - 2017, pues el mismo corresponde es, a la suma de \$1.181.730.

- **Parte demandada**

La parte demandada sustentó el recurso de apelación argumentando que no se tiene en cuenta que lo que verdaderamente se protege, en virtud de la Constitución y del ordenamiento laboral, es la prestación del servicio que efectivamente se preste, razón por la cual se puede afirmar que, si hay prestación personal del servicio subordinada, hay contrato de trabajo, pero no, que si hay contrato de trabajo sin prestación personal del servicio se deba pagar todas las obligaciones derivadas del contrato.

Asimismo, sostiene que el despacho no tuvo en cuenta que los testimonios dieron cuenta que el señor Francisco Javier Herrera, no prestó sus servicios a la EPS desde el 27 de marzo de 2017, cuando la empresa no estaba ejerciendo ningún tipo de actividad.

Además, aduce que tampoco se tuvo en cuenta que el contrato de trabajo, con ocasión a la toma de posesión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se vio afectado en sus

presupuestos básicos, principalmente porque su objeto se vio afectado, en el sentido que no había prestación del servicio que desarrollar. También, menciona que el contrato de trabajo, pese a tener protección constitucional, no deja de ser un contrato, y si este se ve afectado en sus presupuestos básicos, simplemente desaparecería del mundo jurídico, tal como ocurrió la presente ocasión, a tal punto que ni siquiera se puede renovar. Por tanto, considera que yerra el A quo al tener por acreditado que la terminación del contrato se da efectivamente en el año 2019.

Respecto a la interpretación y aplicación del artículo 140 del CST, señala que el Juez singular no está teniendo en cuenta que el tenor literal de este artículo hace referencia al pago de salarios cuando el servicio no se presta por causas imputables o por decisión del empleador. No obstante, señala que la superintendencia Nacional de Salud, es quien toma la decisión de liquidar a la EPS Manexka, y que la prestación del servicio no se dio por un hecho que sea atribuible al empleador.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad la parte accionada alegó conclusivamente, reiterando los mismos argumentos esgrimidos en la alzada.

Además, resaltó el hecho que, en su oportunidad Manexka EPS-I afirmó que sí se suscribió contrato para el año 2017 y se aportó dicho contrato, no obstante, se aclaró que el contrato se vio afectado por la imposibilidad absoluta de ejercer su objeto social, sin que se pueda presumir, por mandato legal, a sabiendas que se presentó un hecho de fuerza mayor como lo es la liquidación forzosa administrativa, la cual conllevó a la parálisis de la empresa y a que los ex trabajadores no pudieran seguir prestando sus servicios.

En este sentido, considera que se probó que, material y fácticamente, la EPS no ejecutó actividad alguna desde el 27 de marzo de 2017 hasta

el 10 de enero de 2019, que es a partir de cuándo se reanuda el proceso liquidatorio.

Finalmente, aduce que la parte demandante no logró probar que prestó servicios desde el 27 de marzo de 2017 hasta el 11 de marzo de 2019.

V. CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia radica en determinar **(i)** si entre las partes existió un real contrato de trabajo en el interregno comprendido desde el 01 de enero de 2017 hasta el día 11 de marzo de 2019; de ser así **(ii)** el salario devengado por el actor; **(iii)** si había lugar a impartir condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

- **De la existencia de contrato de trabajo.**

3. Cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo resulta necesario darle aplicación a los artículos 22 y 23 del C.S.T., los cuales definen y establecen los elementos esenciales del contrato de trabajo como son: **(i)** La actividad personal del trabajador, **(ii)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **(iii)** Un salario como retribución del servicio; determinando que una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., señala que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Y jurisprudencialmente tiene sentado la Corte en su Sala de Casación Laboral que, para que esta presunción se active le corresponde al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para así predicar la existencia de una relación de trabajo.

Aunado a ello, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por la terminación del vínculo, entre otros **(sentencia SL-16110, 4 nov. 2015, rad. 43377)**.

Pues bien, aterrizando al caso objeto de estudio, inicialmente, debe la Sala señalar que la parte accionada no discute la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con el actor, a un año, con extremo inicial el día 01 de enero de 2017; sin embargo, controvierte el extremo final, bajo el argumento que el mismo terminó el día 27 de marzo de 2017, cuando la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la liquidación de Manexka ESP, mediante Resolución 000527 del 27 de marzo del año 2017.

Asimismo, no puede perderse de vista que el Juez de primera instancia solo impuso como condena la indemnización por despido sin justa causa, negando las demás pretensiones del actor, sin que el vocero judicial del demandante presentara inconformidad frente a la negativa de las demás acreencias laborales.

Así las cosas, como quiera que la parte accionada, en su alzada no presentó inconformidad alguna frente a la indemnización por despido sin justa causa, entrará la Sala a determinar el extremo final de la relación laboral, para con posterioridad entrar a dilucidar el valor de la

indemnización por despido sin justa causa; no sin antes señalar que el juez singular, no es claro en establecer los extremos temporales de la relación laboral que, en primera medida, no lo declaró en su parte resolutive, y si bien, en las consideraciones estableció que la misma se dio desde el 01 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, luego indicó que el contrato había terminado de manera abrupta el 27 de marzo de 2017, y, posteriormente, al liquidar la indemnización por despido sin justa causa, dispuso que esta indemnización correspondía al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, estimando que era de 29 meses y 9 días, cuya fecha de finalización lo era el 28 de junio de 2019.

No obstante, lo anterior, resulta necesario entrar a examinar las pruebas arrojadas al plenario, con el fin de verificar si, entre las partes, realmente existió un contrato de trabajo, y consecuentemente, determinar el extremo final de la relación.

En primer lugar, dentro de la prueba documental recepcionada, se observa a folio 11 del archivo pdf del expediente digital, un contrato de trabajo a término fijo No. 092 de 2017, suscrito entre las partes, para desempeñar el cargo de Coordinador Municipal de Chinú, Córdoba. Además, se pactó como inicio y terminación del mismo, el 01 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, con un salario de \$1.181.632. A ello se suma el hecho de que así fue aceptado por la parte demandada al contestar la demanda. Por tanto, le asiste razón al gestor judicial del demandante al señalar que el salario estimado por el *A quo* era errado, debiéndose tener como tal la suma de \$1.181.632, como remuneración.

Ahora bien, con el objeto de resolver lo recurrido por la parte demandada, debemos determinar el extremo final de la relación laboral, por ello, hay que tener claro que mediante la Resolución 00527 de 27 de marzo de 2017¹, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud,

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

se da el inicio del proceso de liquidación de la demandada MANEXKA E.P.S.I., pero, tal evento no supone la terminación automática de los contratos de trabajo, salvo para los empleados que fungen como directivo o administrador de la entidad empleadora, tal como lo ha sostenido este Tribunal en procesos también contra la aquí demandada, por ejemplo, en providencia del 31 de agosto de 2020, Rad. 2018-00045, Folio 576-2019, magistrado ponente Dr. Marco Tulio Borja Paradas, reafirmado por la providencia del 01 de noviembre de 2022, Rad. 2020 00075 02, Folio 087-22, Magistrado Ponente Dr. Cruz Antonio Yáñez Arrieta, trayendo a colación precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que 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 primer término, cabe señalar que, a pesar de que un 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 2° del CST, debe solicitar autorización al Ministerio del Trabajo e informar por escrito de este hecho a sus trabajadores”. (Negrillas fuera del texto original)

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...»**

De lo anterior, surge diáfano que el hecho de iniciarse el proceso de liquidación de Manexka, ello no era óbice para dar por terminada la relación laboral de sus trabajadores, salvo para los empleados que fungen como directivos o administradores de la empresa empleadora, como se dijo en precedencia.

De lo anterior, encuentra la Sala que el contrato de trabajo a término fijo No. 0092 – 2017, suscrito entre las partes, con fecha de inicio el 01 de enero de 2017, terminación el 31 de diciembre de ese mismo año, por tener dicho contrato una duración de un (01) año, y, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T., se entiende que dicho contrato se prorrogó automáticamente, desde el 01 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre ese año y, desde el 01 de enero de 2019 hasta el 11 de marzo de 2019, fecha en que el demandante afirma que terminó de prestar sus servicios personales en la entidad demandada, máxime que la liquidación definitiva de la accionada, lo fue el 23 de marzo de 2021.

De igual manera, no puede decirse que el actor tenía un cargo de confianza y manejo en la entidad, porque, si bien se desempeñaba en la entidad como coordinador, lo cierto es que ello no le da la calidad de administrador (Vid. SL3338 de 2018 y CSJ SL de 19 de oct, 2015, rad. 26560), por ello, se reitera lo dicho por el Juez de primera instancia, cuando sostuvo que, en el caso en estudio no se puede predicar la separación automática de las funciones del demandante y por ende la

terminación del contrato de trabajo por inicio de la liquidación de la entidad demandada, pues, el demandante ejercía funciones de coordinador en el municipio de Chinú – Córdoba, habida cuenta de que, como reza en su contrato de trabajo, era subordinado de la cabeza de la dependencia en la que ejercía sus funciones, es decir, era un trabajador de un subnivel dentro de esa dependencia.

Por lo anterior, no le asiste razón a la parte accionada en sus cargos, cuando manifiesta que el contrato de trabajo mantuvo su vigencia solo hasta el día 27 de marzo de 2017, fecha en la que inició el proceso de liquidación de Manexka; por el contrario, se puede concluir que la relación laboral que unió a las partes se mantuvo hasta el 11 de marzo de 2019.

Así las cosas, se procederá a determinar el valor de la indemnización por despido sin justa causa, con base a lo dispuesto en el artículo 64 del CST, propio de los contratos de trabajo a término fijo, con el salario devengado por el actor, que corresponde a la suma de \$1.181.632, y con base a la última prórroga del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, dado que dicha prórroga constituye el último contrato.

Ahora, si bien la última prórroga del contrato sería por 12 meses, no puede perderse de vista que el Juez de instancia liquidó la misma hasta el 28 de junio de 2019, sin que ninguna de las partes hubiese presentado inconformidad en sus recursos frente a dicha calenda; por lo que la misma se calculará desde el 01 de enero de 2019 hasta el 28 de junio de 2019, la cual corresponde a 5 meses y 28 días, que equivalen a \$7.010.996; no obstante, como quiera que esta resulta ser inferior a la liquidada por el *A quo*, y atendiendo que la parte accionada en su recurso de apelación no atacó la liquidación realizada por el Juez de instancia, esta se mantendrá incólume.

6. Corolario de todo lo anterior, se confirmará la decisión del Juez de primer grado. No impondrá condena en costas en esta instancia por no haber réplica de parte del accionante.

VI. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 08 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23.001.31.05.002.2020.00016.02 folio 196 -2022** promovido por **FRANCISCO JAVIER HERRERA GONZÁLEZ** contra **MANEXKA E.P.S.I, LIQUIDADA.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO. Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 001 2018 00312 02 FOLIO 199-2022

Aprobado por Acta N. 70

Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintidós (2023)

Procede la Sala, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver la apelación formulada contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ALVARO JAVIER PINTO DORIA** contra **KONEKTA TEMPORAL LIMITADA y ESE VIDA SINU**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Quien demanda pretende se condene a la empresa KONEKTA TEMPORAL LTDA y solidariamente a la ESE VIDA SINU *i.)* al reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de mejor categoría; *ii.)* al pago solidario, por cuenta de éstas, de los salarios dejados de cancelar desde el mes de julio de 2016 hasta el día que se produzca el reintegro, por un valor de \$31.500.000; *iii.)* así como de las cesantías, primas de servicio y vacaciones, dejadas de cancelar desde el 1 de agosto de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro, por valor de 7.000.000; *iv.)* de la indemnización de 180 días de salario por habersele despedido en estado de debilidad manifiesta y sin previo permiso del Ministerio del Trabajo; *v.)* de los aportes en seguridad social en salud y pensión desde el mes de julio de 2016 y hasta que se produzca el reintegro, previo cálculo actuarial. Además de las costas y agencias en derecho.

2. Las rogativas que anteceden, tienen por sustrato fáctico lo que sigue:

- Indica el inicialista que ingresó a laborar a la ESE CAMU EL AMPARO el día 2 de noviembre de 2010, mediante contrato de trabajo en misión con la empresa SERTECEP "SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS" y terminó el llamado contrato de obra o labor en misión el día 30 de marzo de 2012. Que el 2 de abril de 2012, firmó contrato con la empresa KONEKTA TEMPORAL LTDA, el cual se mantuvo hasta el día 27 de julio de 2016.
- Asegura que las labores siempre fueron continuas e ininterrumpidas, desempeñando el cargo de odontólogo en la ESE VIDA SINU, antes CAMU EL AMPARO, siendo su último salario devengado la suma de \$1.574.720.
- Manifiesta que fue despedido por la entidad demandada KONEKTA LTDA, estando laborando para la empresa ESE CAMU EL AMPARO, hoy ESE VIDA SINU, encontrándose enfermo y discapacitado, condición que, sostiene, era conocida por las empresas demandadas. Que, en ese orden, su despido se dio mientras se encontraba en situación de debilidad manifiesta, sin contar con el permiso del Ministerio del Trabajo y sin que existiera justa causa para el despido.
- Expone que fue despedido, padeciendo trastornos de ansiedad y crisis psicológicas, producto de amenazas recibidas por extorsionistas, trastornos que le impedían trabajar y de los cuales las demandadas tenían todo el conocimiento del caso, pues, fue incapacitado en varias oportunidades por este concepto.
- Por último, dice que ha seguido con sus padecimientos y a pesar de tratar de ejercer su profesión de odontólogo, no ha podido cumplirla a entera satisfacción, dado los padecimientos con que cuenta.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante proveído de fecha 19 de mayo de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, puso fin a la primera instancia, en la que declaró que entre el demandante ALVARO JAVIER PINTO DORIA y la empresa demandada KONEKTA TEMPORAL LIMITADA, existieron varios contratos de trabajo por duración de la obra o labor, los cuales se desarrollaron dentro de los siguientes periodos: desde el 02 de abril de 2012 hasta 31 diciembre de 2012; 01 de febrero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013; desde el 07 de enero de 2014; hasta el 31 de diciembre de 2014; desde el 13 de enero de 2015 hasta el 30 de abril de 2015; y desde el 01 de febrero de 2016 hasta el 28 de agosto de 2016.

Declaró que la terminación del contrato de trabajo del demandante, ocurrida el 28 de agosto de 2016, es eficaz, ya que el mismo no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, que le impidiera sustancialmente realizar sus labores contratadas como odontólogo, en consecuencia, absolvió a las demandadas de la pretensión de reintegro y de las demás pretensiones de la demanda.

De igual forma, declaró probadas las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, pago, y no probada la de Prescripción, propuestas por KONEKTA TEMPORAL LIMITADA; asimismo, declaró probadas las de inexistencia de una situación de

discapacidad establecida en la ley 361 de 1997, y la de inexistencia de la relación laboral con el demandante, propuestas por E.S.E. VIDASINU.

Impuso costas, a cargo del demandante y a favor de las empresas demandadas en un 50% para cada una.

Como argumentos de su decisión, en lo que interesa al recurso, el *A quo* indicó respecto al tema de la debilidad manifiesta, que la norma aplicable es el art. 26 de la Ley 361/1997, así mismo, que existe una confrontación teórica entre lo que dice la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, donde esta última considera que la protección no solo se debe examinar a la luz de la norma, sino que su fundamento es constitucional en el art. 53, lo que amplía sistemáticamente la cobertura de la estabilidad laboral saltando del criterio de pérdida de capacidad laboral al de cualquier estado de salud que ponga a la persona en condiciones de debilidad manifiesta.

Advirtió dicho despacho que ha venido acogiendo a la posición de la corte constitucional, asumida también por este Tribunal, en el sentido de que no se requiere la pérdida de la capacidad laboral para la protección de la estabilidad laboral.

Predicó que el trabajador tiene la carga de probar su situación de discapacidad quedando en cabeza del empleador la carga de demostrar la justeza de las causas alegadas.

En ese orden, precisó que, al revisar el acervo probatorio, observó a folio 58 del expediente, historia clínica del 28 de julio del año 2016, donde se evidencia que el demandante padece de ansiedad desde el año 2012 cuando tuvo su primera crisis, así mismo, que tuvo otra crisis en el año 2015, lo cual ha venido siendo frecuente. Desprendiéndose de dicho documental que el Sr. Pinto Doria estuvo hospitalizado durante 12 días en abril de 2015, en donde se indica que hacía 10 días tuvo una recaída con síntomas depresivos, que últimamente manifiesta que estaba tranquilo y duerme bien, el diagnóstico es trastorno de ansiedad no especificado, y se le ordenan medicamentos.

De igual manera a folio 56 *ejusdem*, obra historia clínica del 19 de febrero del año 2016, donde se evidencia que el demandante ingresó a urgencias por recaída del trastorno de la ansiedad, manifiesta que desde hace días venía siendo extorsionado por desconocidos, y siente temores persecutorios que le vienen por una ex mujer.

A folio 365 del infolio se observa una incapacidad del 3 al 5 de abril de 2016 por trastorno mixto de ansiedad y depresión, a folio 43 y 44 historia clínica del 6 de abril del año 2016, donde se presenta con enfermedad de ansiedad, un mes sin poder trabajar por recaída con crisis de ansiedad, las cuales son frecuentes desde el año 2012, y otro episodio del año 2015, se presenta angustiado, tembloroso, soñoliento, hipertenso controlado.

Que a folio 45 *ibidem*, reside historia clínica del 8 de abril de 2016, donde se especifica que fue hospitalizado por trastorno de ansiedad con episodios de agresividad, acompañada de agitación, continuó hospitalizado por los mismos

síntomas (11/abril/2016), además se necesitó medicar para controlar la irritabilidad y agresividad, el 12/abril/2016 sigue hospitalizado, requiere contención farmacológica y el 15 de abril de 2016 le dieron de alta, le asignaron cita dentro de un mes por consulta externa y enviaron medicación para seguir tratando la patología.

Mencionó que en folio 366 del informativo, obra documento del 4 de mayo de 2016, donde se evidencia que el demandante es un paciente en tratamiento médico, en ese momento estable anímicamente y puede ejercer sus funciones laborales como odontólogo.

A folio 41 y 42 del expediente, vio historia clínica del 17 de mayo de 2016, en la que se observa que el demandante presenta un primer grado de ansiedad desde el 2012, luego ha tenido otras crisis, estuvo hospitalizado 11 días en 2015, a folio 60, historia clínica del 22 de junio de 2016, donde se lee que el demandante presenta leve intranquilidad y le ordenan continuar con el mismo tratamiento; a folio 38 del expediente un certificado de la clínica los Laureles de fecha de 9 de agosto de 2016, donde señala que el demandante fue hospitalizado y recibió tratamiento ambulatorio en psiquiatría por trastorno de ansiedad no especificado, que se encuentra apto para desempeñar sus actividades laborales y debe continuar con tratamiento médico. A folio 37 del expediente un concepto ocupacional del 27 de julio de 2016, donde se dice que el demandante se encuentra apto con patologías no incapacitantes que no interfieren en su oficio.

En la historia médica allegada por el nosocomio los Laureles, solicitada por el despacho, la cual obra a folio 456 a 462, se observan las consultas médicas especializadas de control de fecha del 22 de enero de 2017, 27 de abril de 2017, 15 de agosto de 2017, 8 de junio de 2018, 10 de septiembre de 2018, 13 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2020 y 10 de junio de 2020.

Donde se puede vislumbrar que el demandante luego de la terminación del contrato de trabajo continuó presentando crisis de ansiedad e intranquilidad, además por consecuencia de los medicamentos recetados, manifiesta que el mismo paciente ha presentado amnesias temporales, resequedad en la boca y vértigo frecuente; en dicha historia clínica señala que fue hospitalizado 11 días en el mes de abril de 2016, así mismo, se puede evidenciar que siguió medicado y según el mismo demandante, en el día siguiente sufrió somnolencia, ansiedad, falta de motivación, en la mañana le cuesta levantarse, siente pesadez, no le provoca nada, en las noches no duerme, continúa medicado y padeciendo el mismo trastorno mixto.

Advirtió que el testigo GERMAN GABRIEL DIAZ GONZALEZ, manifestó haber laborado al servicio de la demandada y haber sido compañero de trabajo del actor también como odontólogo, dijo que el demandante tenía crisis psiquiátrica pero siempre se manejaba de una forma muy correcta porque siempre estaba medicado o en tratamiento, cumplía sus labores odontológicas, como lo hacían todos, dice recordar que el demandante le comentó que lo habían retirado y que le habían dado incapacidad médica.

Dice que tuvo conocimiento de la enfermedad del actor porque cuando lo iba a visitar, le comentaba que tenía problemas, que le producía depresiones, pero que estaba medicado.

Manifiesta no saber desde cuando tiene la enfermedad el accionante, pero que unos 6 meses antes de la terminación del contrato, ya sabía de las crisis que le daban, indicó que las auxiliares del demandante le comentaron que lo habían retirado pero que el cumplía con sus labores, que su problema era interior, pero eso no le repercutía directamente.

Afirmó que tenía conocimiento de la patología del demandante porque este mismo le comento, expresa que las auxiliares le decían que se comportaba como raro, pero que estaba medicado y ejercía su profesión, lo cual no influía en las labores cotidianas de su oficio, advirtió que Konecta tenía conocimiento de la enfermedad del demandante porque a él le daban la licencia que le daba la parte médica y eso lo sabía la entidad.

Por último, el testigo señaló que no conoció ninguna de las incapacidades que le otorgaron al demandante, que no sabe si este remitió las incapacidades a la empresa KONECTA.

Como conclusiones, el *iudex* A-quo sostuvo que está demostrado que el demandante, al momento de la terminación del contrato, esto es, el 28 de agosto de 2016, padecía de trastornos de ansiedad y depresión, específicamente si se tiene en cuenta las documentales visibles a folio 37, 38, 41, 42 y 60 del expediente que tiene que ver con la historia clínica del 17 de mayo de 2016, en la que se evidencia que el demandante desde el año 2012, sufrió su primer cuadro de ansiedad, en 2015 tuvo otra crisis y después tuvo varias crisis más, en la historia clínica del 22 de junio de 2016, se otea que al demandante le ordenan continuar con el mismo tratamiento, y el concepto ocupacional del 27 de julio de 2016, dice que se encuentra aún con esas patologías, lo anterior aunado a las consultas médicas especializadas de control de fechas 23/01/2017; 27/04/2017; 15/08/2017; 08/06/2018; 10/09/2018; 11/10/2018; 13/12/2018; 14/05/2020 y 10/06/2020, es decir, que es una enfermedad que no dejó de padecer durante la vigencia del contrato, ni a la terminación del mismo, situación que también se extrae de lo expresado por el testigo German Díaz González.

Sin embargo, advirtió que lo que no está demostrado dentro del plenario es que esa enfermedad le impida al demandante realizar sus funciones como lo haría en condiciones normales de salud, es decir, una situación que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares o que sea de tal magnitud que no le permita o le dificulte el desempeño de las laborales en condiciones regulares al momento de la terminación del contrato, como lo exige la Corte Constitucional y lo acoge el Tribunal Superior de Montería, que, por el contrario, las pruebas documentales anexadas, especialmente las visibles a folio 37, 38 y 366, muestran, claramente, en el primer documento de fecha del 4 de mayo de 2016, que el paciente se encuentra en tratamiento médico, estable anímicamente y ejerce sus labores como odontólogo, en el segundo, del 27 julio de 2016, que corresponde al concepto ocupacional dado el mismo día del preaviso, dice que el

demandante se encuentra apto con incapacitantes que no interfieren con su oficio y el tercer documento, certificado expedido por la clínica Los Laureles, del 9 de agosto de 2016, donde señala que no obstante que el demandante debe continuar con un tratamiento médico, el mismo se encuentra apto para desempeñar sus actividades laborales y, que si se tiene en cuenta el testimonio del señor GERMAN GABRIEL DIAZ GOZALEZ, testigo traído al proceso por el mismo demandante queda corroborada tal situación, en el sentido, que si bien es cierto que el impulsor padece una patología psiquiátrica, la misma no le impide desempeñar sus labores en forma normal.

Destacó que a folios 468 a 472 del plenario, se encuentra la evaluación de junta regional de calificación de Bolívar en la cual se dictamina una PCL del 34.70%, donde tomó como calificación integral las deficiencias por las alteraciones al sistema cardiovascular, deficiencias al sistema urinario y reproductor, deficiencias por trastornos mentales y del comportamiento, determinando que la enfermedad del demandante es a riesgo común y la fecha de estructuración lo fue del 28 de junio de 2016.

Concluyendo el despacho que si bien el actor sufre de una enfermedad psiquiátrica originada desde el año 2012, padecida durante el contrato de trabajo y que sigue padeciendo aun después de la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que en el plenario no está demostrado que la misma le impida realizar sus funciones de forma normal y regular, no encontrando demostrado el estado de debilidad manifiesta del demandante al momento del despido, lo que trae como consecuencia que la parte demandada no está obligada a demostrar una justa causa, lo que lleva al despacho a abstenerse de presumir que el despido o la terminación del contrato de trabajo ocurrió por discriminación del empleador hacia el trabajador, en este caso del demandante por estado de discapacidad.

Así mismo, indicó que en el dictamen arriba aludido se encuentra una PCL de un 34.70%, lo que conduce a concluir que el actor al momento del despido no se encontraba con afectaciones serias de salud que demuestren que se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y le impida sustancialmente realizar sus labores contratadas como odontólogo, tal como lo afirmó la Corte Constitucional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

• Parte demandante.

La parte actriz elevó alzada, argumentando, que si bien el juez en su decisión tuvo que el actor al momento del despido no se encontraba en debilidad manifiesta porque los certificados indicaban que podía ejercer su profesión sin ningún problema, este desconoció que para que pudiera prestar sus servicios, debía estar medicado, es decir, no lo hacía de una manera general y regular, haciendo énfasis en que si fuera así, una persona con cáncer tampoco tuviera debilidad manifiesta porque está trabajando, siendo que estas asisten a trabajar porque están medicadas, no lo hacen de manera natural, así mismo, advierte que en el proceso

si se demostró que el demandante al momento de la terminación de su relación laboral tenía una debilidad manifiesta.

Itera que, el juez se basó en que el actor asistía en forma natural a cumplir sus funciones como odontólogo, e insiste en que éste iba por que se encontraba medicado, lo que lo hacía actuar de manera natural, situación que fue dicha por el testigo y probado con los documentos, estando demostrado además que la empresa sabía que tenía que pedir permiso al Ministerio del Trabajo.

Por último, arguye que la discusión no se centra en que, si el accionante se encontraba o no enfermo, sino en que no se pidió permiso al Ministerio del Trabajo debido a la debilidad sufrida.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

• Parte demandante

El apoderado judicial del demandante presentó alegaciones, reiterando lo expresado en su recurso de alzada y además expresó que hay un problema en la sentencia de primera instancia, dado que el juzgador violó tajantemente el principio de congruencia, el principio de doble instancia, el principio del debido proceso y el principio del derecho de defensa, ocasionando una falla constitucional en la sentencia; pues en el proceso se fijaron dos aspectos. El primero resuelto por el Juez, y el segundo, el de la solidaridad entre los demandados, que el juzgador de primera instancia no estudió.

V. CONSIDERACIONES

- 1.** A fin de solventar la alzada, es menester escudriñar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el art. 66A del C.P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.
- 2.** Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación corresponde a la Sala: **i)** determinar si al momento del despido del señor Álvaro Pinto, este gozaba de estabilidad laboral reforzada, de ser así **ii)** si hay lugar a acceder a las pretensiones que de ella se deriven, en caso positivo, **iii)** determinar si la E.S.E. VIDA SINU, es solidariamente responsable de las condenas impuestas.

3. Aspectos que no fueron debatidos en el proceso

De acuerdo a lo planteado, en el asunto que nos convoca se mantienen incólume los siguientes supuestos de hecho, en atención a que se encuentran debidamente probados y no fueron objeto de reproche o censura dentro del recurso de apelación en estudio:

- i) No se discute la existencia de una relación laboral entre las partes.
- ii) Que la relación laboral estuvo regida por sendos contratos de obra o labor desde el 02 de abril de 2012 hasta el 28 de agosto de 2016.

4. Estabilidad laboral reforzada.

Para adentrarnos en el tema de la estabilidad laboral por discapacidad es menester traer a colación lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual a la letra señala:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

En múltiples ocasiones este Colegiado ha explicado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, tienen, al particular, criterios judiciales divergentes, la primera reconocía las garantías que da la norma solo a las personas que cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, y para lo cual se remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 de 2001, que clasifica los “grados de severidad de la limitación” así: moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y profunda la igual o superior al 50%.

De tal suerte que las personas que no tuvieran pérdida de capacidad laboral o que ésta fuera inferior al 15%, no sería beneficiaria de las garantías que otorga el aludido artículo 26 de la Ley 361 de 1997, criterio que ya había venido morigerando (Vid. Sentencias SL4508-2019 y SL3181-2019; SL-1635-2019; SL-3772-2018; SL-17008-2017, SL16937-2017, SL5163-2017, SL711-2021, SL572-2021).

Así mismo, en reciente oportunidad en Sentencia SL1152 de 2023, el alto Tribunal Laboral determinó que los porcentajes previstos en el art. 7 del Decreto 2463 de 2001, son compatibles para los casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la convención Colectiva sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que actualmente la aplicación de la protección de la estabilidad laboral reforzada se da conforme a los siguientes parámetros:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, *«los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»*;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso."

De igual forma, la H. Sala de Casación Laboral en la jurisprudencia trasuntada, indicó que los anteriores requerimientos se pueden demostrar por cualquier medio probatorio, así:

"Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial."

De otra parte, tal y como este Tribunal ha venido pregonando en casos anteriores, la Corte Constitucional, es del criterio de que son titulares de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares.

Pues bien, entrando en el *sub examine*, es pertinente precisar que, para que se active la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, deben concurrir los siguientes presupuestos:

(i) Que el peticionario sea una persona con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta;

(ii) que el empleador tenga conocimiento de la situación al momento de la terminación del vínculo laboral;

(iii) que el despido se efectúe sin autorización del Ministerio del Trabajo.

(iv) que se demuestre un nexo causal entre el despido y el estado de salud.

Este último presupuesto se presume, empero al empleador le es dable desvirtuar dicha presunción acreditando la justa causa de la terminación de la relación.

Ahora bien, en el *ejusdem* el Sr. Pinto Doria, pretende probar que la enfermedad que padece le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores y que además el empleador tenía conocimiento de ello al momento de la terminación del vínculo laboral.

Para determinarlo, hemos de adentrarnos en las probanzas aportadas dentro del plenario, encontrando, entre éstas, historial clínico de consulta médica del 27 de enero de 2016, en donde como motivo de consulta se determinó: *"Paciente refiere crisis depresiva asociado a ruptura conyugal, conflictos de pareja que evolucionan desde hacía tiempo atrás, permaneció 3 días sin dormir, y con llanto continuo, expresa*

sentimientos de culpabilidad en su situación. Su pareja tiene 86(sic) años, estudia en la Universidad, no hijos de la relación, niega deseos o planes suicidas." Como examen mental, se indicó: *"Alerta, atento, coherente, con autoreproches, arrepentimiento por sus actos, no síntomas psicóticos ni riesgo suicida",* se le diagnostica *"Trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica)" "Trastorno mixto de ansiedad y depresión"* y se le ordenó psicoterapia y formula médica.

Se observa HC. del 19 de febrero de 2016, en donde como motivo de consulta se advierte:

"Paciente acude de urgencias, firma(sic) estar recaído con crisis de ansiedad, desde hace días viene siendo extorsionado por desconocidos, desde hace 3 días esta tembloroso, angustiado, con bostezos, temores persecutorios, cree que las extorsiones vienen por una exmujer que lo está molestando, esto está en manos de la fiscalía. Le han amenazado con matar a su hija",

"Paciente con antecedentes de hipertensión, toma valsartan, anlodipini de 5 MG e hidroclorotiazida."

Se indicó como examen mental: *"Afecto ansioso, angustiado, tembloroso, somnoliento, aqueja malestar general... No se detectan síntomas psicóticos, ni ideación suicida, juicio conservado"* se diagnostica "trastorno de ansiedad", se le ordena formula médica, y se le indica: *"decidir hospitalizar en 72 horas si no hay mejoría"*

Así mismo, se encuentra HC de hospitalización de la Clínica Los Laureles, en donde se establece respecto de la evolución del actor del 06 al 15 de abril de 2016, indicándose como diagnóstico de ingreso, trastorno de ansiedad no especificado, como enfermedad actual, se determinó: *"Paciente odontólogo, en 2012 cuadro inicial de ansiedad, a principios de 2015 otra crisis de ansiedad, relevante hace más de 1 mes que no puede trabajar por haber recaído con crisis de ansiedad, ha tenido frecuentes crisis de ansiedad, esto se ha aumentado hace 4 días temor, estrés aumentado asociado a deudas, muchas preocupaciones. Frecuenta las urgencias con mejoría parcial, estuvo en clínica central hace 3 días y hace 2 días en la Zayma pero continúan los síntomas ansiosos paciente con antecedentes de hipertensión, toma valsartan, amlodipino de 5 MG"* con patologías asociadas de *"Hipertensión esencial (primaria)". "Colitis y gastroenteritis no infecciosas no especificadas"* y *"Gastritis no especificada"*, con diagnóstico de trastorno de ansiedad no especificado.

En la evolución del primer día se determinó: *"Paciente que ingresa a esta institución, con cuadro clínico de angustia, afecto ansioso, tembloroso, somnoliento, aqueja malestar general, juicio conservado, sin ideas suicidas, deprimido, manifiesta insomnio de conciliación, se torna irritable y agresivo al interrogatorio, deambulante y agitado, por lo que se administra midazolam x 5mg (3 amo) im cada 12 horas para contención, se torna somnoliento, se traslada a su unidad psicoterapéutico y médico, bajo estricta vigilancia comportamental",* Así mismo, el día 15 de abril, se registró: *"Mejóro su cuadro de ingreso, de alta por mejoría, se entrega formula médica y cita en un mes por consulta externa."*

En el historial médico de control especializado emitida por la Clínica Laureles, del 17 de mayo de 2016 con psiquiatría, como enfermedad actual se precisó:

"paciente odontológico, en 2012 cuadro inicial de ansiedad, a principios de 2015 otra crisis de ansiedad, relevante, ha tenido frecuentes crisis de ansiedad, estuvo hospitalizado durante 11 días en abril de 2015, estuvo con medico particular Dr. Muñoz.

Hoy viene con leve intranquilidad no se detectan síntomas, ni ideación suicida, juicio conservado, apetito adecuado, sueño conservado con medicación".

Diagnosticándosele, con trastorno de ansiedad no especificado, e hipertensión esencial (primaria), ordenándosele continuar con Imipramina, Lorazepam y trazodona, zolpidem.

El 22 de junio de 2016, en control psicofarmacológico, se dijo:

"Hoy presentó una crisis de ansiedad consultando a la urgencia de la Clínica Montería, paciente odontólogo, en 2012 cuadro inicial de ansiedad, a principios de 2015 otra crisis de ansiedad, relevante, ha tenido frecuentes crisis de ansiedad, estuvo hospitalizado durante 11 días en abril de 2015, estuvo con medico particular Dr. Muñoz.

Hoy viene con leve intranquilidad no se detectan síntomas psicóticos, ni ideación suicida, juicio conservado, apetito adecuado, sueño conservado con medicación".

Prescribiéndosele, seguir con el mismo tratamiento.

En historia clínica de consulta médica del 28 de junio de 2016, se indicó:

"En 2012 cuadro inicial de ansiedad, a principios de 2015 otra crisis de ansiedad, relevante, ha tenido frecuentes crisis de ansiedad, estuvo hospitalizado durante 11 días en abril de 2015. Refiere hace 10 días tuvo recaída con síntomas depresivos posteriores a ingesta de licor,,, lo vio el Dr. Otero como prioritario, continuo el tratamiento, últimamente está tranquilo, se alimenta y duerme bien", como diagnóstico se determinó "Trastorno de ansiedad no especificado", "hipertensión esencial (primaria)" y se le dispuso que siguiera con medicamentos.

De igual manera, al ser requerida por el *A quo*, la Clínica Los Laureles, aportó historial médico en donde además de lo ya antes expuesto, se relacionó historias clínicas del 29 de agosto de 2016, donde como patologías asociadas se determinaron *"Hipertensión esencial (primaria)". "Colitis y gastroenteritis no infecciosas no especificadas" y "Gastritis no especificada"*, con diagnóstico de trastorno de ansiedad, y se ordenó continuar con medicamentos; del 01 de noviembre de 2016, en donde se indica que se *"...le prescribieron en urología tansulosina 0.4 MG 1 tableta x día, taquicardia sinusal con metoprolol sentirse tranquilo, últimamente bienestar anímico, se alimenta y duerme bien, ahora 100 MG TAB cada 12 horas... Taquicardia sinusal, hubo monitoreo cardiaco holter, lo valoro cardiología quien asocia la taquicardia sinusal a Imipramina"*, como patologías asociadas se determinaron *"Hipertensión esencial (primaria)". "Colitis y gastroenteritis no infecciosas no especificadas" y "Gastritis no especificada"*, con diagnóstico de trastorno de ansiedad y se ordenó continuar con medicamentos.

Así mismo, historias clínicas del 27 de abril de 2017, 17 de agosto de 2017, 06 de diciembre de 2016, el 07 de marzo de 2018, 08 de junio de 2018, 10 de septiembre de 2018, 11 de octubre de 2018, 12 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2020, 10

de junio de 2020, en donde en todas se diagnostica trastorno de ansiedad, con las patologías asociadas anteriormente, sumándosele el de episodio depresivo moderado, cita con neurología, y sesiones prioritarias con psicología y sigue con tratamiento médico.

La parte demandada aportó, incapacidad emitida por la Clínica Central, del 3 al 05 de abril de 2016, por trastorno mixto de ansiedad y depresión, prescripción médica del 04 de mayo de 2016, la Clínica Laureles, donde indicó: *"Paciente en tratamiento médico, en este momento estable anímicamente, puede ejercer sus funciones laborales como odontólogo"*

Certificado médico ocupacional de fecha 27 de julio de 2016, emitido por AV&SO S.A.S., en donde se indica que al actor se le realizó examen médico ocupacional con énfasis en osteomuscular, describe como concepto médico del examen ocupacional:

"apto con patología(s) no incapacitante(s). Patología(s) no interfieren con su oficio", así mismo, se emitieron las siguientes recomendaciones:

"MEDICAS: Continuar manejo médico, Control visiométrico periódico, examen anual, valoración médica y seguimiento por EPS, valoración nutricional y seguimiento por EPS.

OCUPACIONALES: Uso de elementos de protección personal, higiene postural, realizar pausas activas.

CALIDAD DE VIDA: Dieta y ejercicio, control de peso, manejo nutricional, hábitos y estilo de vida saludable.

INGRESO A PROGRAMAS DE VIGILANCIA EPIDEMIOLOGICA

Biológico, osteomuscular.

OBSERVACIONES

Seguir recomendaciones del equipo de SST. Buscar peso ideal. Seguimiento por optómetra."

Así mismo, avistamos certificado de fecha 09 de agosto de 2016, emitido por médico psiquiatra de la Clínica Laureles, donde se indica:

"Que el señor Álvaro Javier Pinto Doria... estuvo hospitalizado y se encuentra en tratamiento ambulatorio por psiquiatría, con controles periódicamente en nuestra institución con diagnóstico de TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO, y en este momento se encuentra apto para desempeñar sus actividades laborales y particulares. Sin embargo, debe continuar con su tratamiento establecido"

Pudiendo verse también, como integrante de la plataforma probatoria, dictamen de pérdida de capacidad laboral, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, emitido el 30 de abril de 2021, con un porcentaje de pérdida

de capacidad laboral de un 34,70% con fecha de estructuración el 28 de junio de 2016.

De igual manera, ha de indicarse que se escuchó el interrogatorio del representante legal del Konecta señor Alfonso Aguirre de Arco y el testimonio de la parte demandante señor German Gabriel Díaz González, en donde el primero de ellos se centró en determinar que no tenían conocimiento de la patología sufrida por el actor, pues solo conocían de las incapacidades los días que se iba a ausentar, el testigo de otro lado, fue insistente en que el actor tenía crisis psiquiátricas pero que siempre se manejaba de manera correcta y cumplía con sus labores porque se encontraba en tratamiento, así mismo, indicó saberlo porque también laboraba como empleado de Konecta, prestando sus servicios de odontólogo en Vida Salud.

Ahora bien, de todas las probanzas antes enunciadas y analizadas, esta Judicatura encuentra que el actor si se encontraba en un estado de debilidad manifiesta al momento de ser despedido, pues, ha de anotarse que de las historias clínicas aportadas en el plenario, se advierte que el señor Álvaro Pinto, padecía de trastorno de ansiedad, que en razón a ello fue hospitalizado y atendido en urgencias en reiteradas oportunidades, que incluso en el mes de abril de 2015 y 2016 fue hospitalizado por 11 y 10 días, y en los meses de mayo, junio y agosto de 2016, persistía con tal patología, lo que incluso siguió aquejando al demandante luego de la terminación del vínculo laboral, denotándose ello de los reportes clínicos aportados de calendas posteriores, siendo relevante anotar que el accionante siempre ha estado en tratamiento con medicamentos, terapias y control psiquiátrico.

Así mismo, ha de indicarse que si bien, en el expediente se encuentra certificado médico ocupacional de fecha 27 de julio de 2016, en donde se indica que el actor se encuentra apto con patologías no incapacitantes y que no interfieren en su labor, así como certificaciones de la Clínica Los Laureles de fechas 04 de mayo y 09 de agosto de 2016, donde se determina que el paciente podía ejercer sus funciones como odontólogo, lo cierto es que ello no desvirtúa lo expuesto en las historias clínicas ya antes relacionadas y mucho menos porque del certificado médico ocupacional no se observa que se haya evaluado la patología de trastorno de ansiedad diagnosticada al demandante, y contrario a ello se advierte que dicho examen se realizó con énfasis en osteomuscular, que las certificaciones emitidas por la Clínica a pesar de indicar que el señor Álvaro podía laborar, determina que se encuentra en tratamiento por su enfermedad, lo que además se corrobora también con lo expuesto por el testigo German Gabriel Díaz González, quien si bien no es un testigo que ofrezca mayores aportes al plenario, pues él mismo indicó que si bien era odontólogo y prestaba sus servicios contratado por Konecta, también dijo que no laboraba en el mismo lugar que el actor y que lo que sabía, era porque lo visitaba y el mismo actor le contaba o las enfermeras compañeras de trabajo le contaban, lo cierto es que también advirtió que recuerda que el demandante sufría crisis psiquiátricas y que se encontraba en tratamiento médico para poder cumplir con sus funciones, situación que además considera la Sala se ratifica con el dictamen emitido por la Junta Regional de Bolívar, quien determinó una pérdida de capacidad laboral del 34,70% con fecha de estructuración del 28 de junio de 2016, es decir, incluso durante la relación laboral, y si bien, para determinar el estado de debilidad

manifiesta del actor no se hace necesaria tal pericia, lo cierto, es que se encuentra en el plenario, y no puede pasar la Sala por alto tal situación, pues este confirma el estado de salud del señor Pinto, quedando demostrado que se encontraba protegido por el fuero de estabilidad laboral reforzada para la época de su despido, recuérdese qué para llegar a esta conclusión se tuvo en cuenta las historias clínicas aportadas en el plenario y analizadas anteriormente.

Sobre el tratamiento médico, en proveído SL3783 de 2022, indicó la H. Corte Suprema de Justicia, que es un hecho que permite considerar la existencia de discapacidad, así:

“Sobre el particular, la jurisprudencia ha referido que son hechos comprobables, que permiten considerar la existencia de discapacidad, a pesar de la falta de calificación de pérdida de capacidad laboral, por ejemplo, que el trabajador hubiere sido incapacitado regularmente, **pero también que se encuentre en tratamiento médico especializado**; que tuviere restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo; que contara con concepto desfavorable de rehabilitación, «[...] o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita [...] la realización de su trabajo». Negrillas y subrayas nuestras.

Así, en un caso con contornos similares, en Sentencia SL3911-2020, el Alto Tribunal Laboral, sobre el particular, indicó:

“De otro lado, en lo referente a la alegada aplicación indebida del art. 26 de la Ley 361 de 1997, se le endilgan al Tribunal cinco errores de hecho, los cuales convergen en uno solo, el enunciado en el numeral segundo, a saber, «2. Dar por demostrado, sin estarlo, que al momento de la terminación del contrato de trabajo el señor SIXTO ISAIAS (sic) CRUZ se encontraba en estado de debilidad manifiesta».

El *ad quem* extrajo la condición de debilidad manifiesta del actor de lo informado en su historia clínica expedida por Compensar EPS, que acredita que presentaba trastorno bipolar, síntomas que padecía desde el año 2006, siendo tratado por psiquiatría y psicología, debiendo ser hospitalizado en varias oportunidades en centros de reposo.

Soporta la recurrente el error de hecho, en la indebida apreciación de la historia clínica del demandante, que reposa a folios 31 a 59, que da cuenta de las atenciones médicas del 24 de agosto, 1 y 21 de diciembre de 2006, 16 de enero de 2007, 27 de marzo y 16 de octubre de 2008, 17 de enero y 7 de septiembre de 2009, 21 de enero y 4 de febrero de 2010, 5 y 24 de abril de 2012, y 30 de julio de 2012.

Previamente a analizar este medio de convicción, la Sala debe poner de presente que, en casos como el que nos ocupa, donde debe estudiarse la situación médica de un trabajador, se ha admitido la historia clínica como una

prueba calificada en casación (Sentencia CSJ SL, 1292-2018, rad. 43961, reiterada en la CSJ SL, 4078-2019, rad. 75088), máxime cuando se tiene certeza de su procedencia.

Del análisis de aquella, y en concreto de las atenciones médicas recibidas por el señor Cruz en las fechas referidas por la censora, en efecto se deduce, como lo concluyó el *ad quem*, que aquel venía siendo tratado por un trastorno afectivo, así siempre se diagnosticaron sus padecimientos, independientemente de que como motivo de consulta, se hubiera relacionado en ella tos, alucinaciones, mareos, ojos rojos, brote en el cuerpo, o episodios depresivos, entre otros, de los cuales, al menos algunos de ellos podrían ser manifestaciones de dicha patología. Por ello no se apreció indebidamente dicha prueba.

Frente a la conclusión probatoria del conocimiento del empleador de la situación de salud del trabajador, en razón del considerable número de consultas médicas a las que debió acudir, por lo que mínimamente debió pedir permiso para asistir a ellas, y al haber estado incluso hospitalizado, no se dirigió embate alguno.”

De otro lado, se hace necesario advertir, que para esta Colegiatura no es de recibo el argumento de la demandada, relativo a que no tenía conocimiento de la enfermedad padecida por el actor, pues es la misma entidad, quien con su contestación aporta certificado de incapacidad del 03 al 05 de abril de 2016, donde se determina como diagnostico *"trastorno mixto de ansiedad y depresión"*, así mismo allegó certificado del 04 de mayo de 2016, donde la Clínica Laureles, se itera, si bien indica que el actor puede ejercer sus funciones en el momento, también es cierto que advierte que este se encuentra en tratamiento médico, así mismo, tal y como lo advierte la Jurisprudencia en cita¹ en razón del número de citas y hospitalizaciones que tuvo el demandante, la accionada tuvo que mínimamente darse cuenta de su situación de salud.

Ahora, quedando acreditado que el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación de la relación laboral, que la demandada tenía conocimiento de ello, y que no existió autorización del Ministerio del Trabajo para su despido, se presume el nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor, lo que en este caso no fue desvirtuado por la demandada, pues si bien en el preaviso de terminación del contrato laboral, entregado al actor el 28 de julio de 2016, se le indica que el vínculo terminaría en razón a la finalización de la labor para la que fue contratada, lo cierto es que de ello no existe prueba en el plenario, pues por el contrario, del último contrato suscrito por el actor con la demandada KONEKTA TEMPORAL LTDA, el 01 de febrero de 2016, se advierte que la duración del contrato sería por el tiempo que dure la ejecución del contrato de prestación de servicios con la empresa usuaria, que la labor objeto del contrato sería el suministro de personal temporal para apoyo en la prestación de proceso y subprocesos en el área de

¹ Sentencia SL3911-2020

consulta externa en los centros de salud de la E.S.E. CAMU EL AMPARO, y que del contrato N° 092. entre E.S.E CAMU EL AMPARO y KONEKTA TEMPORAL LTDA, aportado por la demandada E.S.E. en su contestación a la demanda, obrante a pag. 233 a 238 del expediente digitalizado de primera instancia, se encuentra que este fue suscrito el 01 de agosto de 2016, por duración de dos meses, y habiendo terminado la relación laboral entre el señor Pinto y KONEKTA, antes de fenecido este término y sin que exista prueba de una terminación anticipada, no encuentra la Sala que el finiquito del vínculo se haya dado en razón de la terminación de la obra o labor contratada, pues recuérdese que esta feneció el 28 de agosto de 2016, por lo que ha de declararse la ineficacia de la terminación de la relación laboral y ordenar el reintegro del actor en un cargo en igual o mejores condiciones laborales y donde no se vea comprometido su estado de salud.

En vista de que el demandante fue despido por razón de su estado de salud y sin la autorización del Ministerio del Trabajo, se condenará a KONEKTA, a pagarle por concepto de indemnización 180 días de salario, los cuales se determinan teniendo en cuenta el salario devengado por éste para el año 2016, el cual era de \$1.687.200. Así las cosas, la demandada debe pagar al accionante la suma de **\$10.123.200** por dicho concepto.

INDEMNIZACIÓN ARTICULO 26 -LEY 361 DE 1997			
Valor Salario Mensual	Valor Salario diario	No días a indemnizar	Valor Indemnización
\$ 1.687.200	\$ 56.240	180	\$ 10.123.200

Referente al reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social causados durante el período cesante, corresponde determinar si la accionada debe ser condenada al pago de dichos emolumentos. Para ello, es pertinente traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia **SL144 de 2022**, radicación No. 87312 de fecha 02 de febrero de 2022, refirió:

*"Igualmente, **se ha explicado que la ineficacia de la desvinculación conlleva que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la terminación del contrato (CSJ SL636-2020), ello incluye, el estatus de afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, en calidad de trabajadora dependiente de la llamada a juicio, y el pago de los aportes dejados de sufragar desde el despido ineficaz, hasta la reinstalación y en adelante mientras subsista el contrato, según el cálculo que efectúe la entidad administradora a la que se encuentre afiliada o se afilie.***

*Por tanto, se reitera, se declarará ineficaz el despido del 15 de septiembre de 2010 y se condenará al Banco de Bogotá a reinstalar a la trabajadora demandante, al cargo de Asesor Ventas y Servicios - Oficina Plaza Caicedo de Cali-, **y a pagarle salarios, prestaciones sociales y demás acreencias dejadas de sufragar desde aquella fecha, hasta cuando se produzca efectivamente la reinstalación**, con base en \$1.103.706 mensuales iniciales, al que aplicará los incrementos anuales, legales o extralegales correspondientes al cargo. (Negrillas y subrayas de esta Sala).*

La citada tesis ya había sido adoptada en las sentencias **SL306 de 2021 y SL5163 de 2020**, proferidas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral. Por tal razón, esta Judicatura acogiendo el criterio jurisprudencial citado, condenará a la empresa KONECTA a pagar al demandante los salarios dejados de percibir desde el 28 de agosto de 2016 hasta el día en que se haga efectivo el reintegro de éste, así mismo, se condenará al pago de los aportes a pensión, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, como lo son, cesantías e intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones dejadas de sufragar desde el despido ineficaz, efectuado el día 28 de agosto de 2016, hasta cuando se haga efectivo el reintegro del actor.

Por último, con respecto a la solidaridad deprecada de la demandada ESE VIDA SINU, ha de advertirse que tal pedimento no es procedente, pues, como en varias ocasiones lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (**Vid. Sentencias SL178-2020, SL16350-2014; SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275; SL, 31 may. 2000, Rad. 12382; SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**), el usuario de una empresa de servicios temporales, cuando el respectivo contrato entre ellos se ajusta la normatividad legal, es decir, no se socava su legalidad y legitimidad, no se hace deudor solidario de las obligaciones laborales a que tienen derecho los trabajadores en misión, ni encaja ello en la figura del contratista independiente previsto en el artículo 34 del CST, como tampoco en las otras fuentes de solidaridad que prevén los artículos 35 y 36 ibidem.

Así, por ejemplo, en sentencia **SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275, reiterando la SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**, señaló la Corte:

"Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

"Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento".

A su turno, en la sentencia **SL178-2020**, expresó:

"Importa observar, que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y, en principio son obligadas directa y exclusivamente, conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente, se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (arts. 33, 34, 35 y 36, CST), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión".

Y, en sentencia **SL16350-2014**, expresó:

"siendo indiscutible que durante el período ya mencionado el actor le prestó sus servicios como trabajador en misión, por ser trabajador directo de la empresa de servicios temporales igualmente demandada, en modo alguno estaba llamada a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria que el juez de la alzada confirmó con la precisión de la fecha de su causación. Y ello es así, porque, en verdad, no podía tenersele como una contratista laboral independiente y en manera alguna contrató a la empresa usuaria la realización de una obra, simplemente lo que les ató fue la remisión de trabajadores en misión, como aquí ocurrió con el actor.

(...).

A lo ya anotado cabría agregar que a la empresa de servicios temporales - E.S.T.-, tal y como lo aduce la recurrente, y contrario a lo alegado por el opositor, no es posible tenerla como contratista independiente en los términos a que alude el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, aparte de lo que ya se ha precisado por la jurisprudencia de que se ha hecho cita, lo cierto es que entre ésta y la empresa usuaria no se pacta o contrata la «**ejecución** de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio

*de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, **para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva**», sino, cuestión bastante diferente, su objeto es «la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por **personas naturales**, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador», tal como se señala en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; y personas naturales, a quienes se les tiene como trabajadores en misión--, que según el artículo 74 de la misma normativa, «**son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos**».*

Luego, la empresa temporal de servicios –E.S.T.–, ni ejecuta una o varias obras en beneficio de los usuarios, ni ejecuta la prestación de servicios en beneficio del tercero con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, sino que, simplemente, envía o remite trabajadores a las dependencias de la usuaria para que cumplan las tareas o servicios contratados por la usuaria, al punto que, la jurisprudencia ha entendido se produce para tales propósitos una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados. El contratista independiente ejecuta directamente la obra o el servicio, lo hace con sus trabajadores, con sus propios medios y obra con plena autonomía patronal, en tanto que la empresa de servicios temporales no ejecuta obras o los servicios que requiere la empresa usuaria, no compromete sus trabajadores inmediatos, pues con los que así cuenta se llaman trabajadores de planta y son distintos a los que remite en misión (artículo 74, ibídem), los dichos servicios no se cumplen con sus propios medios, sino en las dependencias de la usuaria, y no obra con autonomía, pues delega en la usuaria parte del poder de subordinación sobre sus trabajadores en misión para el éxito del servicio contratado. Como ello es así, no existe la identidad requerida entre el supuesto de hecho de la norma y la situación de esta clase de empleadores que pueda dar lugar a la figura de la solidaridad laboral, por ser sabido que la mentada solidaridad, por ser una excepción a la regla universal de que quien debe pagar es el deudor directo de la obligación, no se puede aplicar por extensión o analogía, pues las excepciones son restrictivas, taxativas, expresas”.

Entonces, como en el caso no se debatió, ni mucho menos se acreditó que el real empleador del demandante lo fue la empresa usuaria y no la EST, no hay lugar a condenar aquí a la ESE VIDA SINU como responsable solidario de KONECTA TEMPORAL LTDA.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a revocar en su totalidad los numerales segundo, tercero y cuarto del fallo apelado, dejándolo incólume en todo lo demás.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada KONEKTA TEMPORAL LTDA, en ambas instancias a favor del demandante por encontrarse causadas.

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

VI. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO y CUARTO** de la sentencia de fecha del 19 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No 23 001 31 05 001 2018 00312 02 FOLIO 199-22 promovido por ALVARO JAVIER PINTO DORIA contra KONEKTA TEMPORAL LIMITADA y ESE VIDA SINU.

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la terminación del contrato de trabajo suscrito entre el señor ALVARO JAVIER PINTO DORIA y KONEKTA TEMPORAL LIMITADA.

TERCERO: ORDENAR a la KONEKTA TEMPORAL LIMITADA reintegrar al señor ALVARO JAVIER PINTO DORIA, en un cargo en igual o mejores condiciones laborales y donde no se vea comprometido su estado de salud.

CUARTO: CONDENAR a KONEKTA TEMPORAL LIMITADA a pagar a la administradora de fondos de pensiones donde el actor se encuentre afiliado, los aportes dejados de sufragar desde el 28 de agosto de 2016 fecha del despido ineficaz, hasta el reintegro y mientras subsista la relación laboral.

QUINTO: CONDENAR la KONEKTA TEMPORAL LIMITADA a pagar a favor del actor, las siguientes acreencias laborales:

a) Por concepto de la sanción por despido en estado de discapacidad de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la suma de \$10.123.200

b) Salarios dejados de percibir desde el 28 de agosto de 2016, fecha del despido ineficaz hasta el momento del reintegro.

c) Prestaciones sociales y acreencias laborales (cesantías e intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones), dejadas de percibir desde el 28 de agosto de 2016, fecha del despido ineficaz, hasta el momento del reintegro.

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

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la relación laboral del demandante, propuesta por ESE VIDA SINU, y ABSOLVER a la demandada ESE VIDA SINU, de todas las pretensiones de la demanda

SEPTIMO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

OCTAVO: Costas en ambas instancias a cargo de la demandada KONEKTA TEMPORAL LIMITADA y a favor del demandante. Impóngase, como agencias en derecho de esta instancia, la suma de un (1) SMMLV.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 003 2022 00062 01 Folio 209-2023
Aprobado por Acta No. 70

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **BETTY CECILIA OTERO MONSALVE** contra **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. Apoderada, la señora BETTY CECILIA OTERO MONSALVE, instauró demanda en contra de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A, a fin de que se declare la nulidad del acto de su traslado del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A.

En consecuencia, solicita que se ordene a COLPENSIONES la reciba en condición de afiliada al RPMPD y en el mismo sentido que COLFONDOS S.A., autorice dicho traslado, transfiriendo los aportes y rendimientos financieros recibidos, con destino a COLPENSIONES.

1. Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica que nació el 22 de abril de 1964, que, a partir del 30 de enero de 1995, estuvo afiliada al entonces Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones hasta *el 31 de agosto de 1999*.
- Alega que diligenció formulario de afiliación al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. y que a partir del mes *de febrero de 1998*, se hizo efectiva dicha afiliación, haciendo aportes hasta el mes de enero de 2022.
- Narra que para el momento de la afiliación a COLFONDOS S.A., nunca recibió información suficiente y clara de las consecuencias del traslado del régimen de prima media al RAIS.
- Señala que su consentimiento nunca fue informado de manera suficiente y, que durante el tiempo que ha estado afiliada, COLFONDOS S.A. incumplió con su obligación de información y asesoramiento.
- Esgrime que en el Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., se encuentran reportados 1.447.43 semanas cotizadas.
- Advierte que el monto de la pensión que eventualmente deba reconocerle COLFONDOS S.A., para cuando decida solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, resultaría notoriamente inferior a la que debería reconocerle COLPENSIONES de haber permanecido en dicho régimen.
- Dice que no ha solicitado, ni le ha sido reconocida pensión de vejez por parte de ningún fondo de pensiones.
- Informa que para la fecha del 9 de marzo de 2022, solicitó nuevamente el traslado a COLPENSIONES, lo cual fue rechazado con fundamento en que le faltaban menos de 10 años para adquirir el su derecho pensional.

2. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, indicó ser ciertos unos hechos, unos no constarle y otros no ser ciertos. De esta forma, se opuso a la totalidad de las pretensiones y como excepciones de fondo presentó las de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL

ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; PRESCRIPCION; NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y LA INNOMINADA O GENERICA.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, contestó, manifestando frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constan, no se opuso a las pretensiones, razón por la cual no presenta excepciones.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 26 de abril del 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuitode Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que hizo la señora BETTY CECILIA OTERO MONSALVE del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA administrado por COLPENSIONES hacia el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de COLFONDOS S.A, el 01 de ENERO de 1998 con fecha de efectividad el 01 de marzo de 1998, entendiéndose que la demandante siempre estuvo vinculada al RPMPD que ahora administra COLPENSIONES.

Declaró no probadas las excepciones de mérito, propuestas por COLPENSIONES.

Condenó a COLFONDOS S.A. a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora BETTY CECILIA OTERO MONSALVE, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Asimismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES.

Igualmente, ordenó a COLPENSIONES, tener a la señora BETTY CECILIA OTERO MONSALVE, como su afiliada y darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de COLFONDOS S.A., con los rendimientos financieros generados y bono pensional si los hubiere, que deberá darle la validez necesaria para que esta logre beneficiarse de las prestaciones pensionales que se originen en dicho régimen pensional.

Por último, condenó en costas a COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación alegando que, no está conforme con que la entidad tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, evidenciándose que COLPENSIONES fue ajena a esa circunstancia, y que en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora.

Arguye que, debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria.

Reitera que, a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen, por cuanto también se encuentra inmersa en la restricción de edad.

En cuanto a las costas indica que, se opone a las mismas puesto que COLPENSIONES durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dada la oportunidad para alegar de conclusión en esta instancia judicial, se tiene que, tanto Colpensiones, en su condición de recurrente, como el togado de la demandante, hicieron lo propio. La primera, reiterándose en los argumentos sobre los cuales fundó su alzada, mientras que el segundo, adujo razones por las cuales, en su criterio, la decisión combatida, debía ser confirmada.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del trasladopretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, **iii)** Prescripción, y **iv)** la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

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

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."; información que "...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...". **(Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL - 33083 de 2011).**

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

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

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

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de las pruebas obrantes en el plenario que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 30 de enero de 1995 y que el 01 de marzo de 1998, la demandante se encontraba afiliada al RAIS, prueba que denota que efectivamente se trasladó del RPMPD al RAIS.

En consecuencia, la demandante manifestó que al momento de efectuar el traslado COLFONDOS S.A., nunca le brindó información acerca de las desventajas que le acarrearía afiliarse a ese régimen pensional y no al RPMPD; tampoco le advirtieron que, para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez; ni le aclararon que en el RAIS no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el RPMPD.

Acorde a lo anterior, es claro que la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información

completa a la potencial afiliada, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente Litis no fue acreditado que la AFP haya cumplido con su deber de información en los términos reseñados.

Además, la demandada COLFONDOS S.A. en la contestación de la demanda expresamente dio por ciertos los hechos de que a la demandada no se le brindó información completa y veraz sobre las consecuencias que acarrearía su traslado del RPM al RAIS, por lo que, de esta forma, claramente quedó evidenciado que la AFP demandada incumplió con el deber de información a la actora.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

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

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

En tal ocurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos

financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulte obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde manifestó:

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

Y posteriormente explicó:

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

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

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir

la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

COLPENSIONES solicita que se absuelva de la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., que compasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la administradora en comento se opuso a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

V) Condena en costas en segunda instancia.

En tanto existió gestión judicial en esta instancia por cuenta del apoderado judicial de la demandante, en aras de la confirmación de la decisión escrutada de forma argumentada y fundamentada, la Sala impondrá costas en favor de dicho extremo y cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 003 2022 00062 01, Folio 209-23**, promovido por **BETTY CECILIA OTERO MONSALVE** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante. Fíjense las agencias en derecho en la suma equivalente a un (1)

SMMLV.

TERCERO: regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente**

**EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 002 2022 00103 01 Folio 212 -2023
Aprobado por Acta N. 70**

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación a la Ley 2213 del 2022, a resolver la apelación formulada por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JHON JAIRO RAMIREZ MARTÍNEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS**.

I. ANTECEDENTES

Pretensiones.

1. Apoderado, el señor JHON JAIRO RAMIREZ MARTINEZ, presentó demanda ordinaria laboral contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación y/o traslado al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, solicita se condene al Fondo de Cesantías y Pensiones PROTECCIÓN S.A, a realizar el traslado a COLPENSIONES, de la totalidad de lo ahorrado por él, en su cuenta de ahorro individual, al bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudados desde el tiempo de su vinculación, hasta la fecha en que se traslade a COLPENSIONES, las sumas indicadas.

Así mismo, pide se ordene a COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de PROTECCIÓN S.A. la totalidad de lo ahorrado por él en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos.

En consecuencia, se condene en costas, gastos y agencias en derecho a las demandadas.

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

- Manifiesta el actor que nació el 12 de marzo de 1965, que realizó aportes desde el 15 de enero de 1996, al ISS, hoy COLPENSIONES al sistema de seguridad social.
- Expresa que realizó aportes desde el 15 de enero de 1996 al ISS, que el 01 de abril del 2000, PROTECCIÓN S.A, sin mediar asesoría idónea en pensiones promovió su traslado al régimen de ahorro individual, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de junio del año 2000.
- Relata que la asesoría del dependiente de PROTECCIÓN S.A, consistió en convencerlo, de que si accedía a trasladarse al régimen de ahorro individual, tendría pensión de vejez, no solo anticipada, sino superior a la que obtendría si permanecía en el régimen de prima media.
- Afirma que ante la insistencia del asesor de PROTECCIÓN S.A, y con la falsa asesoría de este, suscribió el formulario de traslado, bajo el convencimiento de que la información que se le estaba brindando por parte de la AFP era veraz y en consecuencia su traslado le era beneficioso para sus intereses pensionales.
- Señala que PROTECCIÓN S.A, violó el deber de información y principios de la buena fe y transparencia porque nunca le dieron a conocer cuanto era el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo de dicho fondo.
- Expone que ha cotizado al sistema general en pensiones, a la presentación de la demanda un total de 1285 semanas.
- Sostiene que solicitó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, su afiliación y la entidad respondió que no era procedente dar trámite, por cuanto se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **PROTECCIÓN S.A**, contestó, indicando frente a los hechos que algunos son ciertos, otros no le constan y unos son falsos; se opuso a todas las pretensiones.

Como excepciones previas propuso la de *no contener la demanda todos los liticonsortes necesarios*, y de mérito presentó las de *Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General en 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 por de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.*

Por otro lado, **COLPENSIONES**, contesto, diciendo frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constan; se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepción previa la de *FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA* y de fondo las que denomino *INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES*

RECLAMADAS POR FATARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, EXCEPCIÓN DE BUENA FE, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES, EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, Y LA INNOMINADA O GENERICA.

El despacho ordenó la vinculación de COLFONDOS S.A., quien contestó la demanda, manifestando no constarle la mayoría de los hechos por falta de información y ser hechos ajenos a la sociedad, no obstante, alega que el traslado de régimen fue realizado a través de COLFONDOS S.A., reconociendo no haber brindado la información necesaria para ese acto jurídico, y no presentó excepciones.

5. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO.

Mediante sentencia de fecha 17 de mayo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Asimismo, declarar la ineficacia del acto de traslado que hiciera el demandante, señor JHON JAIRO RAMIREZ MARTINEZ del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por COLPENSIONES al RAIS directamente a COLFONDOS.

De igual manera, declaró la ineficacia del acto de traslado que hiciera el demandante, entre los fondos de COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A dentro del RAIS.

Como consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar al régimen de RPMPD, administrado por COLPENSIONES los aportes de pensión que se encuentren en la cuenta del accionante, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo de sus propios recursos, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual.

También, declaró condenar a COLFONDOS S.A, trasladar al RPMPD, administrado por COLPENSIONES los descuentos que hubiera efectuado al demandante durante el tiempo que estuvo afiliado a este régimen por cuotas de administración, descuentos para seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima de pensión mínima, debidamente indexados, por todo el tiempo que estuvo vinculado a ese fondo.

Igualmente, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- recibir y tener al actor siempre como afiliado de la misma al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto a los conceptos que serán trasladados por los demás fondos demandados, conforme a lo dispuesto en los numerales anteriores.

Por último, condenó en costas a las accionadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada COLPENSIONES, sustentó su alzada argumentando que no se encuentra conforme que su apadrinada deba asumir las consecuencias de la ineficacia de traslado, puesto que la afiliación del demandante al RAIS fue de manera libre y voluntaria, pues COLPENSIONES era un tercero que no intervino en el contrato de afiliación y traslado al fondo privado, advierte no encontrarse demostrado vicio de consentimiento en el traslado hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues continuó realizando cotizaciones a ese sistema, de manera libre y voluntaria, por lo que se evidencia su deseo de permanecer en dicho régimen en conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la ley 100 del 93.

Manifiesta que se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema al descapitalizar los recursos que se encuentren dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras, y su correspondiente ajuste periódico.

Aduce que al demandante no le asiste el derecho de solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmerso en la restricción de edad y en cuanto al interés propio de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la nulidad del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

Finalmente, indica que la responsabilidad de la AFP por ineficacia de un traslado no solo debe ir enmarcada a reparar un daño individualmente sometido a consideración de un juez, sino que debe tener alcance frente a daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros en razón de la reserva patrimonial mencionados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Respecto a la condena en costas, indicó que debe ser eximida, pues la entidad actuó sin temeridad bajo el principio de buena fe, siendo un tercero que no participó en el negocio jurídico.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Provista la oportunidad para alegar de conclusión en esta instancia, sólo concurrió a la cita la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien discurrió sobre los argumentos en los que apalancó la alzada vista *ut supra*.

V. CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial de Colpensiones.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, **iii)** la prescripción y, **iv)** la condena en costas a COLPENSIONES.

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

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. **(Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL - 33083 de 2011).**

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

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

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta

manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada.

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

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

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

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de las pruebas obrantes en el plenario, el certificado de ASOFONDOS, donde se advierte que el demandante realizó su traslado del RPM administrado por Colpensiones, con destino al RAIS en cabeza de COLFONDOS, el 31 de julio de 1995, con fecha de efectividad el 01 de agosto de 1995, prueba que denota que efectivamente se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Las entidades demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., no acreditaron prueba alguna que demostrara el cumplimiento al deber de información, además COLFONDOS S.A., se allanó a los hechos de la demanda y tampoco se opuso a las pretensiones de esta. Así pues, es claro que las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que las administradoras del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado y como lo ha sentado la

jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la parte actora para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que el extremo actor no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

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

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde manifestó:

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

Y posteriormente explicó:

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

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

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló la a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que realizó la actora.

IV) Condena en costas

la apoderada judicial de COLPENSIONES, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado del actor, no obstante, la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones, así pues, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume, toda vez mostró una defensa férrea en el proceso en comento.

VI. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería- Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 002 2022 00103 00 Folio 212 -2023** promovido por **JHON JAIRO RAMIREZ MARTINEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A**

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador**

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2021-00263-01 Folio 223/2022

Aprobado por Acta No. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto la parte demandante y demandada, contra la sentencia dictada el 03 de junio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **HAROLD PAJARO MEJIA** contra **BANCO AGRARIO COLOMBIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. El señor Harold Pájaro Mejía, a través de apoderado judicial, presentó demanda Ordinaria Laboral contra el Banco Agrario de Colombia S.A, con el propósito que se cancelen los salarios causados y no pagados por el despido injusto e ilegal hasta el vencimiento de la última prórroga (13 de noviembre de 2020); se reliquiden y/o cancelen las prestaciones sociales a que tiene derecho tales como cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad por el despido injusto e ilegal hasta el 13 de noviembre de 2020, así mismo, que se le pague la indemnización a que tiene derecho de conformidad al inciso 3º del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en cuantía de (\$81.030.000).

De igual manera solicita se cancele a su favor sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas respecto de las faltantes, hasta el vencimiento de la última prórroga que lo fue el 13 de noviembre de 2020.

Seguidamente, pide que se reliquiden y/o cancelen las cesantías por el tiempo laborados en los años 2007 al 2020 por estar mal liquidadas en cuantía de (\$3.258.016).

Pide, se cancele la sanción moratoria de un día de salario por cada día no pagado ante
PJAC

Rad. 2021-00263 Folio 223-2022

el pago incorrecto de las cesantías, por no incluir los conceptos de prima de vacaciones y prima de navidad, como lo ordena el reglamento interno de trabajo y la Ley desde el año 2007 al 2020, en cuantía de (\$409.418.614) y lo causado en lo sucesivo hasta el pago total de la obligación.

También solicita que, de todas las anteriores condenas, se ordene su indexación.

Por último, pidió que se le indemnice el perjuicio moral y a la vida en relación derivado del despido unilateral y sin justa causa al que fue sometido por parte del empleador.

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

- Manifiesta que suscribió contrato de trabajo a término fijo de seis meses con el Banco Agrario de Colombia S.A, contados desde el día 14 de mayo de 2007 al 13 de noviembre de 2007, pero que dicho vínculo laboral se desarrolló tácitamente hasta el día 30 de junio de 2020 fecha en la que finalizó de manera injusta e ilegal.
- Indica que el texto del contrato en su cláusula cuarta establece:

"EL PRESENTE CONTRATO SE CELEBRARÁ POR EL TERMINO FIJO DE SEIS (6) MESES CONTADO(S) A PARTIR DE LA FECHA SEÑALADA EN LA CLAUSULA PRIMERA. LA PRORROGA DEL CONTRATO DEBERA CONSTAR POR ESCRITO. PERO SI EXTINGUIDO EL PLAZO ESPITULADO EL TRABAJADOR CONTINUARE PRESTANDO SUS SERVICIOS A BANAGRARIO, CON SU CONSENTIMIENTO. EXPRESO O TACITO, EL CONTRATO SE CONDIDERA POR ESE SOLO HECHO, PRORROGADO POR UN LAPSO DE SEIS (6) MESES"

- Advierte que la relación laboral se desarrolló según prorrogas sucesivas que desatendieron sin justificación jurídica alguna, lo consignado en el contrato de trabajo para sus prorrogas escritas y sus modificaciones.
- Aduce que el mismo acuerdo de voluntades en su clausula cuarta dispone que si extinguido el plazo estipulado el trabajador continuare prestando sus servicios, indistintamente de que la prorroga sea expresa o tácita, el contrato se considera por ese solo hecho, prorrogado por un lapso de 6 meses, por lo que la manifestación de dichas prorrogas, sean escritas o tacitas, deben efectuarse con antelación al vencimiento del término del contrato y si se revisan las prorrogas escritas no indican fecha de suscripción para efectos de determinar si se deben tomar como escrita o tacita.
- Afirma que el Banco Agrario expresa que se dio una modificación de la vigencia del contrato, cuando no existe certeza de la fecha de suscripción en procura de su eficacia, como lo expone el artículo décimo segundo del contrato de trabajo, que indica:

"Toda modificación en las estipulaciones del presente contrato de trabajo que acuerden mutuamente las partes, se hará constar al pie del presente documento, en cartas cruzadas, pero siempre por escrito. Estos cambios tendrán valor legal desde la fecha en que se devenga bajo la firma de los contratantes, cuando fuere el caso."

- Expone que se evidencia que existieron unas cláusulas adicionales que no deben tenerse como escritas, ante la falta del requisito de su fecha de suscripción que predique su eficacia.
- Arguye que atendiendo la favorabilidad todas las prórrogas deben tenerse como tacitas, y en consecuencia la última prórroga del contrato debe tenerse desde el día 14 de abril de 2020 hasta el 13 de noviembre de 2020, y no ocurrió así.
- Explica que la vigencia del contrato se desarrolló ante el carácter tácito, en los siguientes términos:

“Contrato principal: 14 de mayo de 2007 al 13 de noviembre de 2007

1º prórroga: 14 de noviembre de 2007 al 13 de mayo de 2008

2º prórroga: 14 de mayo de 2008 al 13 de noviembre de 2008

3º prórroga: 14 de noviembre de 2008 al 13 de mayo de 2009

4º prórroga: 14 de mayo de 2009 al 13 de noviembre de 2009

5º prórroga: 14 de noviembre de 2009 al 13 de mayo de 2010

6º prórroga: 14 de mayo de 2010 al 13 de noviembre de 2010

7º prórroga: 14 de noviembre de 2010 al 13 de mayo de 2011

8º prórroga: 14 de mayo de 2011 al 13 de noviembre de 2011

9º prórroga: 14 de noviembre de 2011 al 13 de mayo de 2012

10º prórroga: 14 de mayo de 2012 al 13 de noviembre de 2012

11º prórroga: 14 de noviembre de 2012 al 13 de mayo de 2013

12º prórroga: 14 de mayo de 2013 al 13 de noviembre de 2013

13º prórroga: 14 de noviembre de 2013 al 13 de mayo de 2014

14º prórroga: 14 de mayo de 2014 al 13 de noviembre de 2015

15º prórroga: 14 de noviembre de 2014 al 13 de mayo de 2015

16º prórroga: 14 de mayo de 2015 al 13 de noviembre de 2015

17º prórroga: 14 de noviembre de 2015 al 13 de mayo de 2016

18º prórroga: 14 de mayo de 2016 al 13 de noviembre de 2016

19º prórroga: 14 de noviembre de 2016 al 13 de mayo de 2017

20º prórroga: 14 de mayo de 2017 al 13 de noviembre de 2017

21º prórroga: 14 de noviembre de 2017 al 13 de mayo de 2018

22º prórroga: 14 de mayo de 2018 al 13 de noviembre de 2018

23º prórroga: 14 de noviembre de 2018 al 13 de mayo de 2019

24º prórroga: 14 de mayo de 2019 al 13 de noviembre de 2019

25º prórroga: 14 de noviembre de 2019 al 13 de mayo de 2020

24º prórroga: 14 de mayo de 2020 al 13 de noviembre de 2020”

- Advierte que la entidad dio por terminada la relación contractual en forma anticipada, el día 30 de junio de 2020, bajo el concepto de expiración del plazo presuntivo en vigencia de la prórroga que finalizaba el día 13 de noviembre de 2020.
- Manifiesta que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, como director de oficina II en la ciudad de Montería – Córdoba, y como ultima asignación salarial al momento de su desvinculación recibía la suma mensual de (\$5.402. 000.00)

- Comenta que, de acuerdo al depósito de las cesantías de los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 se evidencia un faltante de acuerdo al resultado correcto de la cuantificación de las cesantías durante la relación laboral, que corresponde a un mes de salario por año de servicio, más la doceava parte de la prima de navidad por año de servicio, omitiéndose dichas doceavas partes.
- Explica que, a su vez, el reglamento interno de trabajo del banco agrario de Colombia S.A., contempla en su art. 32, que la prima de vacaciones constituye factor salarial para la liquidación de la prima de navidad y las cesantías.
- Indica que, en lo concerniente a los intereses de cesantías, la entidad debe cancelarlas en su totalidad como se indica año a año en los hechos anteriores o en defecto pagar las diferencias.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

Mediante auto de fecha 26 de octubre de 2021, se admitió la demanda; notificado en legal forma, la parte demandada, contestó, indicando frente a los hechos que algunos son ciertos, otros son parcialmente ciertos, algunos no son hechos y otros no son ciertos; se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepción de mérito las que denomino inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido, correcta liquidación de cesantías, prescripción y la genérica.

III. FALLO APELADO

En sentencia proferida el 03 de junio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar probada parcialmente la excepción de Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y no probada la de Correcta Liquidación de las Cesantías y prescripción, propuesta por la parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior, condenó al Banco Agrario de Colombia S.A., a pagar al demandante señor Harold Pájaro Mejía la suma de \$2.037.913 por concepto de saldo insoluto de cesantías debidamente indexado desde el 1 de julio de 2020 hasta que se produzca el pago total y absoluto de dicha condena.

Finalmente, absolvió al Banco Agrario de Colombia S.A de los demás reclamos impetrados en su contra, y condenó en costas a la parte demandada.

En sustento de su decisión el A quo, inicialmente determinó que la existencia de la relación laboral esta aceptada por lo que se encuentra fuera del litigio, así mismo, procedió a determinar lo concerniente a la terminación justa o no del contrato, manifestando que la Ley impone un término conocido como presuntivo del contrato de 6 meses, siendo estos los argumentos de la demandada en cuanto a la interpretación de esa norma, manifestando que efectivamente debe surtir ese plazo, no obstante, si bien es cierto que existe dicha norma, no es menos cierto que las partes pueden modificar ese plazo de común acuerdo.

Indicó que de acuerdo a como se evidencia en el plenario el señor Harold Pájaro inicio su contrato de trabajo por un término inicial de 6 meses el 14 de mayo de 2007, pactándose en la cláusula 4 del contrato que extinguido el plazo estipulado el trabajador prestará sus servicios indistintamente de que la prórroga sea expresa o tácita.

El A-quo acudió al tenor del contrato, las prórrogas suscritas entre las partes y la norma que regula tal relación, el Decreto 1083 de 2015 en su art. 2.2.30.6.1.1, habla sobre la duración del contrato de trabajo e indica que este puede celebrarse por tiempo determinado o por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional o transitorio, concluyendo que existen modalidades en que se pueden pactar el contrato un tiempo determinado, es decir, aquel que se da por un acuerdo entre las partes por el tiempo de una obra, por tiempo indefinido, para un trabajo ocasional, concluyendo que no es cierto que los contratos solo pueden pactarse por el termino de 6 meses y no es cierto como lo pretende la parte demandante, no obstante lo anterior, en los casos de los contratos a termino indefinido o ante la no fijación del contrato, o en los casos de la prórroga de los contratos a termino fijo, la norma trae un plazo presuntivo que es el de 6 meses, trayendo a colación el art. 2.2.30.6.7 que habla sobre la prórroga del contrato e indica que el contrato celebrado a termino indefinido o sin fijación de termino alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones posteriores iguales, es decir, de 6 en 6 meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador con su consentimiento expreso y tácito después de la expiración del plazo presuntivo, la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado, deberá contar por escrito, pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continua prestando sus servicios al empleador con su consentimiento expreso o tácito, el contrato vencido se considerará por ese solo hecho prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por periodos de 6 meses, explicó que la norma citada tiene varias situaciones en particular que regulan la forma en como debe entenderse surtido o celebrados estos contratos, donde operan las prórrogas en forma automática y cuando no.

Indicó que en el caso de los contratos a termino indefinido o en los que no se pacte un término, se presume un plazo de 6 meses que se entiende prorrogado cada 6 meses, y en los contratos a termino fijo que se celebran por termino pactado por las partes, si se extingue el plazo pactado se entenderá prorrogado indefinidamente de 6 en 6 meses, con consentimiento del trabajador sea este expreso o tácito, lo que no deja por fuera del entendimiento de que las partes pueden pactar términos diferentes para las prórrogas y así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1027 del 2022.

En el caso en concreto, se advierte que las partes celebraron un contrato a termino fijo el 14 de mayo de 2007, por el termino de 6 meses, pactándose que sus prórrogas debían ser por escrito, pero que, si el trabajador seguía prestando sus servicios, se entenderá prorrogado por el termino de 6 meses con su consentimiento expreso o tácito, como lo dijo la misma norma, siendo lo que sucedió, el actor siguió laborando con un consentimiento tácito y las prórrogas que él posteriormente dice haber firmado eran por 6 meses.

Siendo lo anterior, distinto a lo entendido por el demandante sobre dicha cláusula, quien dice que indistintamente de que la prórroga sea expresa o tacita se considera

que el contrato se prorrogará por el termino de 6 meses, cuando lo que dice la clausula no es eso, sino que si se extingue el plazo y el trabajador continua prestando sus servicios con su consentimiento expreso o tácito, se prorrogaría el contrato por 6 meses, pues no se trata de la prórroga expresa o tacita sino del consentimiento para la prórroga, siendo ello diferente.

Al mirar el acervo probatorio, se encuentra que al vencimiento de este contrato se suscribe una clausula adicional donde se decide prorrogar el contrato por el termino de 6 meses a partir del 14 de noviembre de 2007, como se ve en el documento a pagina 30, manifestando el mismo demandante tener conocimiento de cuál era la intención de la prórroga y lo que dice es que no lo firmaba en el momento, pero en efecto él estaba consiente que el contrato se iba a prorrogar por el termino de 6 meses y por ello firmaba la prórroga, así mismo, se suscribe también una clausula adicional que prorroga el contrato por el termino de 6 meses a partir del 14 de mayo de 2008 (pág. 31) y así mismo, a folio 32, se encuentra una clausula adicional para prorrogar el contrato del 14 de noviembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, a pagina 33, se encuentra clausula adicional de prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 2009, en la pág. 34 esta modificación del contrato suscrita el 30 de junio de 2011, donde se modifica el termino del contrato a termino indefinido a partir del 01 de julio del 2011, concluyendo que a partir de ese día se empieza a contabilizar el termino presuntivo de 6 en 6 meses, modificaciones que como ya se había explicado se podían hacer, y si bien el demandante alude que las modificaciones del contrato de las prórrogas, carecen de vida jurídica ante la falta de una fecha desde la cual se iniciaría su efectividad, en atención a que en la cláusula décimo segunda se estipuló que las partes debían pactar las modificaciones por escrito y que estos cambios gozarían de valor desde la fecha en que se hubiese convenido o hubiese acordado a la firma de los contratantes, pero si miramos la clausula esta lo que dice es:

"Toda modificación en las estipulaciones del presente contrato de trabajo que acuerden mutuamente las partes, se hará constar al pie del presente documento, en cartas cruzadas, pero siempre por escrito. Estos cambios tendrán valor legal desde la fecha en que se devenga bajo la firma de los contratantes, cuando fuere el caso."

Advirtiéndolo el A-quo que esta cláusula, lo que pide para dar validez jurídica a la modificación del contrato es la firma de las partes y la fecha en que se convenga el cambio de la modificación, resaltando que las partes pactaron las prórrogas de los contratos a partir de determinada fecha por lo que al suscribirse el documento, este cobraría vigencia desde el inicio de la fecha pactada, y si bien las clausulas adicionales en que se pactan las prórrogas de 6 meses posteriores al termino inicial del contrato, la una a partir del 14 de noviembre de 2008 y la otra a partir del 14 de noviembre de 2007, no poseen la firma del nominador que desvirtúan su eficacia, lo cierto es que estas prórrogas se acomodan al termino en que debe entenderse la prórroga en el término de 6 meses, por lo que la norma citada estipula y que la existencia o no del pacto expreso en nada cambia la forma en como debía prorrogarse el contrato, es decir, de 6 en 6 meses, como lo establece el art. 43 del Decreto 2197 del 45, vigente para la época.

En lo que concierne a la clausula adicional que modifica la prórroga a partir del 14 de noviembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2009, ya no por 6 sino por 7 meses, tiene la firma de las dos partes, y a pesar de que no tiene plasmada la fecha de suscripción, de la redacción del texto contenido, se colige que fue anterior al inicio PJAC

de la prórroga ahí pactada, pues no tendría razón de ser sino se tiene en cuenta la anterior, que al auscultar el documento de dicha cláusula adicional donde se pacta la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2009, es decir del 01 de julio de 2009, día siguiente al fenecimiento de la anterior prórroga, se entiende que no posee la firma del empleador, pero no obstante se pacta una prórroga de 6 meses que de igual forma se hubiere dado si ese documento no existiera, por lo que dejarlo sin efecto en nada cambiaría el término en que corría el término presuntivo de 6 meses.

En cuanto a la modificación expresa del contrato de trabajo, esta posee la firma sin fecha, es decir, de ambas partes aparecen las firmas, por lo que sobre esta modificación, no se podría poner en tela de juicio su validez y tiene la virtualidad de modificar las condiciones contractuales del contrato, como allí se establecía y lo pactaron, indicó que los actos de voluntad de las partes gozan de total autonomía y el contrato es ley para las partes, siendo plausible que las partes pacten modificaciones a este, por lo que concluye que al darse por terminado el contrato el 01 de julio de 2020 por vencimiento del plazo presuntivo es totalmente legal, siendo por justa causa, no teniendo vocación de prosperidad la pretensión del despido injusto, y al no salir adelante tal situación no encuentra necesario estudiar las demás pretensiones que se derivan de esta pretensión.

En cuanto a la debida liquidación de cesantías, advierte que debe tenerse en cuenta la calidad de trabajador oficial del actor, para establecer las prestaciones que constituyen salario y cuales son las que deben ser tenidas en cuenta para el momento del pago de cesantías, por lo que se remite al art. 27 del Decreto 3118 del 68, el art. 6 del Decreto 1160 del 47, art. 13 de la Ley 344 del 96 y el art. 17 literal A de la Ley 6 del 45.

Según lo previsto por el ar. 17 de la Ley 6 del 45, en armonía con lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1045 del 78, se establece que los empleados y obreros nacionales que carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: Auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942, tratándose de servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, como es el caso del actor, se tiene que las cesantías deben ser pagadas mediante la consignación mensual de las doceavas partes de los factores salariales según lo establecido por el art. Vigente para esa data del año 2012, y que en su art. 13 que fue modificado por el art. 193 del Decreto 19 de 2012, habla sobre la transferencia de cesantías de los servidores públicos, que dice que la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas generales de pensiones y de seguridad social, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al fondo nacional del ahorro, una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengadas por el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados, a partir del año 2012, con la vigencia del Decreto 19 de 2012, art. 193, dice que se hará así:

"Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que

PJAC Rad. 2021-00263 Folio 223-2022

constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.”

Explicó el A-quo que el art. 45 del Decreto 1045 del 78, define cuales son los factores salariales a tener en cuenta para liquidar cesantías, los cuales son la asignación básica mensual, los gastos de representación y prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentación y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales, la prima de vacaciones, concluyendo que tal y como lo advierte el demandante las primas de navidad y primas de vacaciones constituyen factor salarial para liquidar las cesantías.

Al mirar el reglamento interno de trabajo del Banco Agrario, se observa que en su art. 32, se dispone expresamente que las primas de vacaciones es un factor salarial para liquidar las cesantías, por otro lado, indica que la prima de navidad se causa antes del 2018 porque así lo estableció el Decreto 1045 del 78, y además el Decreto 330 de 2018, que modificó lo establecido en dicha norma.

Ahora, indicó que el demandante acepta haber recibido el pago de cesantías, pero que no se tuvieron en cuenta los valores concernientes a las primas de vacaciones y de navidad, sin embargo, advierte el Despacho que estas si se tuvieron en cuenta, pero estuvieron mal liquidados esos valores, pues la norma dice que se tendrán en cuenta las doceavas partes, existiendo unas diferencias entre lo pagado y lo realmente debido, también indicó que en razón a un ajuste que hizo la demandada en una auditoria encontrando que se le adeudaba al demandante la suma de \$1.174.557, lo que fue pagado según consta en el expediente.

Advierte que la diferencia arrojada fue de \$3.211.617, menos \$1.174.557, quedando a favor del actor un saldo insoluto de \$2.037.913.

En cuanto a la ley 50 del 90, esta no es aplicable al caso en concreto, por ser el actor un trabajador oficial, en cuanto a la sanción moratoria del no pago de prestaciones sociales insolutas que también pide el actor, no es de aplicación automática y la Corte también ha dicho que hay que mirar cada caso en particular, con mucha cautela y prudencia, si existió buena o mala fe, llegando el Despacho a la conclusión de que no existió mala fe por parte de la entidad, por cuanto la demandada no desconoció los factores salariales que se alegan, pagó a la terminación del vínculo las prestaciones, e hizo un reajuste producto de una auditoria, lo que denota la buena fe de la entidad, y si bien existe una diferencia que el Despacho encontró, no se puede decir que es de mala fe, pues al mirar las fórmulas que ellos aplicaron, estas están equivocadas, lo que hace que se incurra en un error no humano sino de sistema, por lo que evidentemente no podría el Juzgado entrar a decir que esos saldos insolutos fueron desconocidos deliberadamente, ni desconocer que la empresa agrupa un gran numero de trabajadores a nivel nacional y no solo es obra de la persona encargada de hacer las liquidaciones, sino que es software.

Por último, determinó que había lugar al pago de la indexación desde la terminación del contrato de trabajo hasta que se produzca el pago de lo condenado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación respecto al desarrollo del contrato y su finalización, así como sobre la sanción moratoria por el pago deficitario de las cesantías.

Sobre el primer punto, advierte el togado que el entendido que el juez le dio a la prorrogas que amplió el término de 6 a 7 meses tiene que ver con el periodo del 14 de noviembre de 2008 al 30 de junio de 2009, en el sentido de que más que una prorrogas nos encontramos frente a una modificación que el mismo contrato en su clausulado, establece como debe ser modificado, por lo que hay que mirar si esa ampliación de términos, que es posible y permitida, según acuerdo, debe atender las reglas propias establecidas en el mismo para ser modificado, indicando que al mirarlo, no se cumple con esa regla, por lo que bajo ese entendido, se advierte una terminación durante un periodo que no debió darse, porque dicha prorrogas lo que hace es correr los tiempos en garantía del derecho al trabajo y por lo tanto la relación laboral debió culminar al vencimiento de esa prorrogas que debió darse fue en el mes de noviembre del año 2020. Así mismo advirtió que lo anterior acarrea unas consecuencias como lo son la indemnización.

Señaló sobre la sanción moratoria, que, en su momento se le manifestó a la parte demandada mediante la reclamación, los términos consignados en la demanda y nada dijo de como se cuantificaron esas cesantías y lo que hizo fue manifestar que estaban bien y argumentar que automáticamente ellos hicieron una auditoria y esta arrojó unos valores, pero unos valores incompletos en cuanto a las anualidades porque no miraron que las cesantías tienen que revisarse es durante toda la vigencia y no como lo hicieron, por lo que considera que todo el despliegue argumentativo que hicieron al decir que no deben, que pagaron completo, que esta correcto, no denota una buena fe.

2. Así mismo, la parte demandada presentó recurso de apelación de manera parcial, respecto a los numerales primero y segundo del fallo, en lo que concierne a las condenas interpuestas a la reliquidación de cesantías y al pago de las diferencias de las cesantías ya pagadas, pues la reliquidación se realizó por la demandada de manera correcta conforme a como lo establecen las normas especiales aplicables a los trabajadores oficiales, del mismo modo, manifiesta que las cesantías y los intereses de estas, de los trabajadores del Banco son administrados por el FNA y enviados mes a mes con el pago de nómina, para que al momento de la desvinculación el funcionario realice el retiro directamente con ellos, indicó que de las cesantías causadas por el demandante se puede evidenciar del archivo Excel aportado con la contestación de la demanda denominado "*explicación de cesantías*" el valor causado mes a mes por concepto de cesantías hasta su consolidación, demostrándose que en dichos cálculos se incluyeron los factores salariales citados, como prima de vacaciones y de navidad, cuando fueron devengados por el actor, como por ejemplo en el año 2007 que el actor solo devengó el factor navidad, por lo que solo se tuvo en cuenta ese factor, concluyendo que la entidad pago correctamente según sus entendidos lo correspondiente a las cesantías, por lo que solicita al Tribunal revisar la liquidación efectuada en primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron alegatos reiterando lo expuesto en sus respectivos recursos de apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por los apoderados de ambas partes.

2. Problema jurídico a resolver

La questio iuris se circunscribe a determinar **(i)** Si la suscripción de la modificación del contrato realizada el 30 de junio de 2011, debía aplicarse al vencimiento de la prórroga que se estaba ejecutando o en el momento que se suscribió la misma y, **(ii)** Si la liquidación de las cesantías realizadas por el A-quo son correctas o no, **iii)** y si aplica la sanción moratoria por el pago deficitario de las cesantías en el caso en concreto.

3. De la modificación del contrato y del plazo presuntivo

Expone el recurrente que, inicialmente suscribió contrato de trabajo a término fijo por seis meses con la entidad demandada el día 14 de mayo de 2007, que la relación laboral se desarrolló según prorrogas sucesivas y modificaciones que desatendieron sin justificación jurídica alguna, lo consignado en el contrato de trabajo para sus prorrogas escritas y sus modificaciones.

Específicamente de lo que se duele el actor, es de la eficacia de la cláusula adicional obrante en el plenario a folio 32 del expediente digital contentivo del documento de la demanda del presente asunto, la cual modifica la cláusula cuarta del contrato de fecha 14 de mayo de 2007, en el sentido de señalar que el contrato se prorrogaría a partir del día 14 de noviembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009.

Así mismo, a folios 30, 31, 33 y 34 del mismo documento digital, encuentra la Sala múltiples clausulas adicionales, las dos primeras por periodos de 6 meses y con anterioridad al acuerdo que modificó la cláusula cuarta en comento, por lo que la Sala no hará mayores elucubraciones al respecto, máxime que no fueron objeto de recurso por las partes, ahora, de otro lado, las obrantes a folios 33 y 34 encontramos que la primera de ellas modifica la primera de ellas modifica el contrato inicial en su cláusula cuarta en el sentido de señalar que el contrato se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2009, mientras que en la segunda determinaron las partes que modificarían el contrato *"para que en lo sucesivo se tenga como contrato a término indefinido. Para efectos formales y brindar mayor claridad a la relación laboral correspondiente, las partes señalan que la fecha a partir de la cual el contrato se tendrá como de término indefinido es el día primero, (1) de julio de 2011 y por lo tanto, a partir de tal día se contabilizaran los seis (6) meses correspondientes al plazo presuntivo que gobierna esta suerte de contratos."*

Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado es importante traer a colación lo pactado en el contrato inicial de fecha 14 de mayo de 2007 (Archivo 02 Demanda del expediente Fl. 27 a 29), el cual en sus cláusulas cuarta y décimo segunda decidieron pactar lo siguiente:

“CUARTA. – El presente contrato se celebra por el termino fijo de SEIS (6) MESES contado (s) a partir de la fecha señalada en la cláusula primera. La prórroga del contrato deberá constar por escrito. Pero si extinguido el plazo estipulado EL TRABAJADOR continuare prestando sus servicios a BANAGRARIO, con su consentimiento, expreso o tácito el contrato se continuará por este son hecho, prorrogado por un lapso de seis (6) meses”

“DECIMA SEGUNDA. - Toda modificación en las estipulaciones del presente contrato de trabajo que acuerden mutuamente las partes, se hará constar al pie del presente documento, en cartas cruzadas, pero siempre por escrito. Estos cambios tendrán valor legal desde la fecha en que se convenga bajo la firma de los contratantes, cuando fuere el caso”

Entendiendo esto, esta Sala avizora que la modificación al contrato en donde se especifica la modificación de la cláusula cuarta del contrato de fecha 14 de mayo de 2007, en el sentido de señalar que este se prorrogaría a partir del día 14 de noviembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, modificación que es permitida (SL701-2018, SL4626-2019, SL1027-2022), lo que además no es objeto de reproche por el demandante, cumplió con lo pactado en la clausula decimo segunda del contrato inicial, pues, si bien el primer acuerdo fue pactado por un término de 6 meses e indicando que si extinguido el plazo estipulado, el trabajador siguiera prestando sus servicios, el contrato se entendería prorrogado por 6 meses, tal y como lo determina la Ley además, lo cierto es que también se había acordado la posibilidad de hacer modificaciones y se cumplió con lo establecido en dicha cláusula, es decir, este se encuentra suscrito por el empleador y el trabajador de manera escrita, así mismo, si bien, la parte actora advierte que dicha modificación no cuenta con fecha de suscripción, este documento se entiende que fue suscrito con anterioridad a las fechas determinadas en las que se extendía la mentada prorroga.

Así las cosas, al encontrarse las modificaciones realizadas, acorde con lo pactado, ha de advertirse la confirmación de la sentencia de primera instancia, en el presente punto.

4. Liquidación de cesantías.

El apoderado de la parte demandada se duele de que las cesantías liquidadas y pagadas al actor son correctas y que erró el A-quo al ordenar la reliquidación de estas, ahora bien, sea lo primero indicar que las cesantías del señor Harol Pájaro, debían ser liquidadas teniendo como factores salariales las primas de vacaciones y navidad (art. 45 del Decreto 1045 de 1978), situación que tampoco fue controvertida por la entidad accionada, quien incluso demostró dentro del plenario que al realizar las correspondientes liquidaciones, también incluía dichos factores, sin embargo, al sentir del Juez de instancia, no eran bien liquidadas, por lo que procedió a realizar las operaciones aritméticas de rigor, llegando a la conclusión de la existencia de una diferencia entre lo pagado por la demandada y lo realmente debido, aún descontando

el valor reconocido al actor por el Banco en virtud de una auditoria realizada en el año 2021, por lo que esta judicatura procedió a realizar los cálculos requeridos, advirtiendo la existencia de una diferencia entre lo pagado por el banco y el valor que debía reconocer realmente al demandante, incluso mayor al arrojado al A-quo, por la suma de \$2.696.091, sin embargo, al no haber sido objeto de reproche el valor de dicha condena por la parte demandante y al encontrarse surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del Banco Agrario, no le es dable a esta Judicatura modificar dicha orden, por lo que, se confirmará la orden dada por el Juez de primera instancia. Anexo tabla.

5. Sanción moratoria por el no pago de cesantías.

Sobre la indemnización de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, ha de indicarse que tal y como a bien lo tuvo el A-quo, esta no es aplicable a los trabajadores oficiales y así lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones, una de ellas en sentencia **SL2614 -2021**, donde señala lo siguiente:

"...En este punto ya la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión (CSJ SL2051-2017).

Así también se precisó en sentencia CSJ SL981-2019 que expresamente señaló que: «la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cubre a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales»."

De otro lado, la sanción moratoria no es automática, por lo que debe el Juez examinar la buena o mala fe con la que actuó el empleador, siendo que en el caso de marras si bien, es cierto que se evidenció un pago deficitario en el pago de las cesantías, durante la relación laboral, lo cierto es que estas eran pagadas en término y teniendo en cuenta todos los factores salariales determinados, que si bien las liquidaciones correspondientes no eran hechas en debida forma causando una diferencia en los valores consignados y los realmente debidos, también se advierte que la entidad en virtud de subsanar su error, a través de una auditoria, realizó un ajuste, consignando a favor del demandante la suma de \$1.177.596.00, situaciones que llevan a la Sala a considerar que no existió mala fe en el actuar de la demandada, al no existir ánimo de defraudamiento para con el señor Harol Pájaro.

Sobre el tema el Alto Tribunal Laboral en sentencia **SL 194 de 2019**, determinó lo siguiente:

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

Ergo, conforme se motivó ut supra, se confirmará la sentencia estudiada. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha **03 de junio de 2022**, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral **Radicado bajo el No. 23 001 31 05 005 2021 0026301 Folio 223 -2022**, promovido por **HAROLD PAJARO MEJIA** contra **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado


MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

Periodo	Banco agrario	Tribunal	Diferencia
2007	551.475	590.198	- 38.723
2008	1.116.221	1.293.599	- 177.378
2009	1.206.427	1.279.808	- 73.381
2010	1.414.926	1.594.976	- 180.050
2011	1.888.000	2.107.987	- 219.987
2012	1.986.776	2.292.141	- 305.365
2013	2.040.885	2.204.656	- 163.771
2014	2.126.326	2.459.892	- 333.566
2015	2.208.389	2.465.709	- 257.320
2016	2.374.750	2.560.986	- 186.236
2017	2.708.328	3.023.602	- 315.274
2018	3.012.042	3.357.202	- 345.160
2019	5.051.267	5.664.123	- 612.856
2020	2.701.002	3.365.622	- 664.620
Total diferencia			- 3.873.687,00
Pagos realizados en cuenta individual			1.177.596,00
Saldo pendiente			- 2.696.091,00

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ

Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 002 2021 00216 01 FOLIO 226 -2022

Aprobado por Acta N. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia adiada 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ASTRID CAROLINA CUELLO GUERRERO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Señora **Astrid Carolina Cuello Guerrero**, impetró demanda ordinaria laboral contra el **Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, con la finalidad de que se revoque la decisión tomada por el fondo de pensiones Protección SA, por desconocer la condición más beneficiosa para la beneficiaria, al abstenerse de conceder la devolución de saldos de sobrevivientes, y en su lugar, le reconoció la pensión de sobrevivientes.

En consecuencia, solicita que se ordene a la demandada a reconocer y pagar la devolución de saldos cotizados por el causante, **BLADIMIRO CUELLO PATERNINA**.

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

- Manifiesta la demandante que, el señor Bladimiro Cuello Paternina, cotizó un total de 1077.14 semanas en el fondo de pensiones Protección SA, desde julio de 1994 hasta diciembre de 2019, acumulando un total de \$60.396.470.

- Señala que, el afiliado falleció el día 31 de agosto de 2020, a la edad de 61 años, sin que lograra alcanzar los requisitos mínimos para la pensión de vejez.

- Indica que, en calidad de hija del causante, hizo la reclamación de los saldos cotizados por su padre, en fecha 11 de febrero de 2021; sin embargo, sostiene que, el fondo de pensiones el día 10 de mayo de 2021, le otorga la pensión de sobrevivientes.

- Asegura que, al momento de radicar la solicitud ante el fondo de pensiones estaba próxima a cumplir los 25 años de edad, por lo que decidió interponer recurso de reconsideración, bajo el argumento de que el causante no logró cumplir los requisitos mínimos para pensionarse, y ella, como beneficiaria, estaba próxima a cumplir los 25 años; no obstante, la decisión de pensionarla le causaba un perjuicio evidente, porque no alcanzaría a devengar siquiera una cuarta parte de lo que su padre había ahorrado.

- Expresa que, el 09 de junio de 2021, Protección SA, responde manifestando la improcedencia del recurso de reconsideración, en razón a que era esa la prestación a la que, como beneficiaria, tenía derecho por tratarse de un derecho irrenunciable.

Trámite y Contestación de la Demanda

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte demandada, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó la misma, oponiéndose a las pretensiones y argumentando que a la demandante se le definió su situación pensional concediéndole la prestación económica más beneficiosa, pues es el objeto del sistema de seguridad social en pensiones el de obtener una pensión, y solo si el afiliado o beneficiario, según el caso, no alcanza a cumplir con los requisitos para ello es que se le puede conceder la devolución de saldos.

En consecuencia, considera que la demandante no tiene derecho a la devolución de saldos, pues fue beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, atendiendo que el causante, señor BLADIMIRO CUELLO PATERNINA (Q.E.P.D.) dejó

causada la pensión de sobrevivientes al cumplir con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años a su fallecimiento.

De otra parte, propuso como excepciones de mérito las de *legalidad del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante, Protección SA no desconoció la condición más beneficiosa a la demandante, la determinación de las prestaciones económicas dentro del sistema general de seguridad social en pensiones es reglado y no es opcional, prescripción, compensación, buena fe, y la innominada o genérica.*

II. FALLO APELADO

A la primera instancia se le puso fin con la sentencia adiada 08 de junio de 2022, en la cual, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción de mérito denominada "legalidad del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante".

En consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones del líbello genitor, e impuso condena en costas a cargo de la parte demandante.

Como soporte de su decisión, el A quo, inicialmente trajo a colación la normatividad que regula la devolución de saldos en el RAIS, así como la sentencia CSJ SL4559-2019, para señalar que esta procede cuando el afiliado no alcanza a reunir los requisitos de la pensión de vejez, y no logra dejar causada la pensión de sobrevivientes.

Asimismo, citó la sentencia CSJ SL4791-2021 y SL1142-2021, para con ella señalar que, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, mientras que la devolución de saldos es una prestación subsidiaria, que debe considerarse de manera alternativa, es decir, cuando el afiliado o beneficiario no cumpla con los requisitos para acceder a la correspondiente pensión.

No obstante, a su considerar, la prestación pensional prevalece sobre la devolución de saldos, por ser aquella una prestación periódica y vitalicia, característica que no cumple la segunda.

En ese orden de ideas, estima que, en el presente proceso, a la demandante no se le desconoció su calidad de beneficiaria del finado BLADIMIRO CUELLO

PATERNINA, quien había dejado causada la pensión de sobrevivientes, pues, según las pruebas aportadas, a la fecha de la solicitud de devolución de saldos realizada ante el fondo de pensiones, ésta contaba con 24 años de edad, por lo que, en respuesta a la petición, Protección SA, reconoce pensión de sobrevivientes junto con su retroactivo pensional.

Así las cosas, considera que el argumento expuesto por la parte demandante no es de recibo, pues, los derechos pensionales prevalecen sobre la devolución de saldos, y solo quienes no cumplen con los requisitos para acceder a la prestación pensional son los que pueden acceder a la devolución de saldos; por tanto, a su juicio, Protección no incurrió en ningún error al conceder la pensión de sobrevivientes en favor de la actora, aun cuando ésta acudió pretendiendo la devolución de saldos.

De igual manera, frente al argumento de la condición más beneficiosa que alega la parte actora, explica el A quo que no se está en presencia de un tránsito legislativo de normas, aunado a que, uno de los requisitos de la condición más beneficiosa es haber consolidado el derecho en vigencia de la legislación de cuya aplicación se pretende por ser más favorable, lo cual, en el presente asunto no aconteció.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, las partes guardaron silencio sin presentar alegatos de conclusión.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y de la SS, corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia a favor de la parte demandante, por haberle sido ésta adversa en su totalidad.

Problema jurídico.

2. El problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si a la demandante le asiste derecho a que Protección SA, le reconozca y pague la devolución de saldos de sobrevivientes, pese a habersele reconocido la pensión de

sobrevivientes que dejó causada su finado padre, señor BLADIMIRO CUELLO PATERNINA, por ser beneficiaria de éste.

- **Aspectos que no son objeto de debate en esta instancia**

3. En esta instancia no es objeto de controversia los siguientes supuestos:

- Que el señor BLADIMIRO CUELLO PATERNINA, falleció el día 31 de agosto de 2020.
- Que el señor BLADIMIRO CUELLO PATERNINA, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber cotizado el número mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a su deceso.

3. Expuesto lo precedente, corresponde indicar, primeramente, que la devolución de saldos de pensión de sobrevivientes se encuentra establecida en el artículo 78 de la ley 100 de 1993, normatividad que prevé que la devolución de saldos procede cuando el afiliado “fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional si a este hubiere lugar”.

Así mismo, al referirse la norma a beneficiarios, estos deben entenderse, para el caso sub examine, bajo los parámetros del literal c) del artículo 74 de la ley de seguridad social, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, el cual precisa que, tendrán calidad de beneficiarios, c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. Y, a falta de beneficiarios, estos saldos ingresan a la masa sucesoral.

Acompasado lo anterior, en el caso sub examine, encuentra esta Colegiatura que, la actora a la fecha de la solicitud de devolución de saldos, realizada el día 11 de febrero de 2021, contaba con 24 años de edad, tal como se desprende de su

cédula de ciudadanía (folio 1 del archivo pdf 03). Además, también se encontraba cursando IX semestre del programa de Licenciatura en educación infantil, en la Universidad de Córdoba; no obstante, sin duda alguna reunía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su finado padre, BLADIMIRO CUELLO PATERNINA.

Bajo ese contexto, corresponde resolver el siguiente interrogante: ¿le era permitido a la demandante elegir entre obtener la pensión de sobrevivientes, o recibir la devolución de los saldos que se encontraba en la cuenta de ahorro individual de su finado padre?

Para la Sala la respuesta es que no le era dable a la accionante, Astrid Carolina Cuello Guerrero, elegir la devolución de saldos, cuando tenía reunidos los presupuestos para hacerse merecedora de la pensión de sobrevivientes, y así lo ha decantado la honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, verbigracia, la sentencia CSJ SL3567-2022, cuando en uno de sus apartes expuso:

“i) La devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social (CSJ SL5041-2021);

ii) Las pensiones son la máxima expresión de la protección de la seguridad social, en tanto su carácter periódico y vitalicio aseguran a las personas afiliadas y beneficiarias una calidad de vida digna y los medios mínimos que permitan sobrellevar las dificultades que pueden acarrear tales contingencias existenciales, lo cual desarrolla el objetivo primordial del sistema -artículo 1.º de la Ley 100 de 1993.

Ello implica que los esfuerzos comunes que deben desplegar las entidades encargadas de administrar y ejecutar los objetivos del sistema general de pensiones en su esquema de ahorro individual con solidaridad estén centrados en el reconocimiento de prestaciones periódicas y vitalicias (CSJ SL1142-2021).”

Bajo ese entendido, la entrega de los saldos por parte de la administradora de pensiones no puede utilizarse como soporte para desconocer una situación efectiva, frente a una garantía pensional que estaba consolidada para el momento en que solicitó, pues, se itera, la demandante cumplía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que había dejado causada el finado BLADIMIRO CUELLO PATERNINA. Aunado a que, las entidades encargadas de administrar y ejecutar los objetivos del sistema general de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad deben

centrar sus esfuerzos primordialmente en el reconocimiento de prestaciones periódicas y vitalicias (Vid. CSJ SL1142-2021).

En igual sentido, en sentencia de casación CSJ SL1624-2018, relativa a la devolución de saldos, se informó:

“La circunstancia de haber recibido los beneficiarios, los saldos de la cuenta individual del causante, en virtud de la devolución efectuada por la administradora demandada, no los priva de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, **tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva son prestaciones que tienen el carácter de provisionales, y que no se constituyen en obstáculo para el disfrute de la prestación periódica cuando se demuestra que existe el derecho a ella**, por ser la pensión la garantía máxima de la seguridad social y un beneficio irrenunciable en los términos del artículo 48 superior.”

Lo transcrito, conlleva a concluir que la razón no está de lado de la demandante, pues el fondo de Pensiones Protección SA, no incurrió en los dislates alegados por la actora, en razón a que la devolución de saldos tiene un carácter provisional y no puede constituirse en obstáculo para el reconocimiento de una prestación de sobrevivencia, cuando se han reunido los requisitos para su causación y existen beneficiarios para la misma.

5. Por todo lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de primera instancia. No se impondrá condena en costas por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO**

ORDINARIO LABORAL, radicado bajo el No. 23 001 31 05 002 2021 00216
01 folio 226 - 2022, promovido por **ASTRID CAROLINA CUELLO GUERRERO**
contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 003 2021 00327 01 Folio 227/2023
Aprobado por Acta No. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 27 de abril de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. Apoderada, la señora AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE, instauró demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, así mismo, se declare que ha tenido como única afiliación válida y eficaz al Sistema General de Pensiones, la realizada al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar sus aportes, los respectivos rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos siempre y cuando al momento del traslado equivalgan al número de semanas exacto que ha cotizado en esa AFP, a favor de COLPENSIONES; y a esta última a aceptar el traslado recibiendo los aportes sufragados al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

Asimismo, que se condene ultra y extra petita en virtud de las facultades que le confiere la ley al Juez Laboral y que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

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

- Manifiesta que la señora AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE nació el 25 de septiembre de 1964, que el 15 de junio de 1993 se vinculó laboralmente con el empleador MARIO ANTONIO GIRALDO, mediante la cual se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES y posteriormente en el mes de marzo de 2006 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- Expone que al momento de esa afiliación, *COLMENA* hoy PORVENIR S.A. no le suministró información documentada sobre las consecuencias positivas o negativas de apartarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.
- Dice que PORVENIR S.A. al momento de su afiliación, no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna; así como tampoco, la información relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS.
- Por último, comenta que el 06 de diciembre de 2021, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, en donde, mediante carta datada el mismo día COLPENSIONES, rechazó la petición de traslado de régimen pensional, con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

Mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2021 se admitió la demanda y notificado en legal forma, a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó, indicando frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constan; se opuso a la totalidad de las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó *INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL*

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y LA INNOMINADA O GENERICA.

Por su parte **PORVENIR S.A.** contestó, manifestando frente a los hechos que algunos no son ciertos y otros no le constan; y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepciones de fondo las que designó *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA.*

III. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 27 de abril de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS a través de PORVENIR S.A., el 01 de marzo de 2006, entendiéndose que la actora siempre estuvo vinculada al RPMPD que ahora administra COLPENSIONES.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Asimismo, condenó a PORVENIR S.A., a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. asimismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES.

De igual manera, ordenó a COLPENSIONES tener a la señora AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE, como su afiliada y darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de PORVENIR S.A, con los rendimientos financieros generados y bono pensional si los hubiere, así mismo, deberá darle la validez necesaria para que esta logre beneficiarse de las prestaciones pensionales que se originen en dicho régimen pensional.

Finalmente, condena en costas a las entidades demandadas y a favor de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación alegando no estar conforme con que la entidad tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, evidenciándose que COLPENSIONES, fue ajena a esa circunstancia, y que en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora.

Arguye que debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen, por cuanto también se encuentra inmersa en la restricción de edad.

En cuanto a las costas indicó que, se opone a las mismas puesto que COLPENSIONES durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe.

De igual manera, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, presentó alzada, manifestando que la afiliación de la demandante no adolece de ningún vicio, porque dicho traslado fue libre y voluntario, lo cual ratificó durante los años que estuvo haciendo mes a mes sus aportes a la AFP, de esta manera indica el recurrente que sería inverosímil que 17 años después pretenda el traslado de régimen, ahora a COLPENSIONES, prohibido por la ley vigente.

Indicó que el Código Civil ha determinado que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, en este caso indica la demandante que se ha inducido en error, que los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los dos regímenes son distintos y son diferenciaciones que están establecidas por la misma ley, de manera que no se pueden equiparar para determinar cuál de los dos regímenes es más beneficioso que el otro, por lo que reitera que la aseveración de falta de información por parte de la demandante no es conducente para probar los hechos referidos en desarrollo del principio de seguridad jurídica del ordenamiento civil colombiano, el cual adoptó el ordenamiento jurídico del derecho romano, según el cual la ignorancia del derecho no sirve como excusa tal como se encuentra el artículo 9 del C.C y el artículo 1509.

Frente a los rendimientos y cuotas de administración indicó que, estos se deben a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la aseguradora del fondo de pensiones, es decir que, gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorro individual se ha incrementado su capital en determinado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida.

Manifiesta que la Superintendencia Financiera ha indicado de forma expresa que, en los eventos en que proceda la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la empresa aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, pues, ordenar la devolución de estos gastos a COLPENSIONES constituiría en un enriquecimiento ilícito en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución.

Frente a la condena en costas alega que PORVENIR S.A., cumplió los deberes que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial y jamás existió omisión de la información como tampoco indebida asesoría.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad, tanto el apoderado judicial de Colpensiones como el de Protección S.A., allegaron sendos escritos en los que ejercían su derecho a alegar de conclusión en esta instancia judicial. En los cuales discurrían sobre los argumentos que sirvieron de fundamentos a sus respectivas alzas.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia **iii)** la prescripción y; **iv)** la condena en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien*

sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL - 33083 de 2011).

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

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

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

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de las pruebas obrantes en el plenario, que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS hoy Colpensiones, desde el 15 de junio de 1993 y que para el 01 de marzo de 2006, la demandante se encontraba afiliada al RAIS, prueba que denota que efectivamente se trasladó del RPMPD al RAIS.

La entidad demandada PORVENIR S.A., no acreditó prueba alguna que demostrara el cumplimiento al deber de información. Así pues, es claro que las Administradoras de Pensiones, estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo,

haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES, no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPMPD. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Ahora bien, en lo concerniente a los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

"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.”

En cuanto a 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”.

Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

"Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional,

estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”.

Y posteriormente explicó:

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

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

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

La apoderada judicial de COLPENSIONES, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado del actor, no obstante, la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones, así pues, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume, en igual sentido, para PORVENIR S.A., toda vez mostró una defensa férrea en el proceso en comento.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA –**

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de abril de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 003 2021 00327 01**, Folio **227-23**, promovido por **AZALIA DEL ROSARIO CORONADO BEGAMBRE** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 2300131050012021-00048-01 FOLIO 232 - 2022
Aprobado por Acta N. 70

Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023).

Procede la Sala en aplicación de la ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 14 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **LUIS ALFONSO MENDOZA LÓPEZ** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. El señor **LUIS ALFONSO MENDOZA LÓPEZ**, demandó a los accionados, con la finalidad de que se declare la ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS. Asimismo, que se declare que ha tenido como única afiliación válida la efectuada al RPM, hoy administrada por Colpensiones.

Que, así las cosas, se condene a Colfondos SA, a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones realizadas, así como los rendimientos y gastos de administración, bonos pensionales y demás emolumentos pertenecientes a su cuenta de ahorro individual.

De igual manera, persigue que se ordene a Colpensiones a recibir los aportes que traslade Colfondos SA.

También, persigue el pago de los perjuicios materiales y morales causados por el indebido traslado de régimen pensional.

2. De otra parte, deprecia el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con el **COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA**, suscritos desde 01 de febrero de 1988 y hasta la fecha de presentación de la demanda. En consecuencia, pide que se condene al pago de los aportes a seguridad social en pensión, por todo el tiempo laborado que se encuentre en mora.

Asimismo, pide que se ordene a Colpensiones que realice el correspondiente cálculo actuarial de las cotizaciones en mora u omitidas por el COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA.

3. También, se pretende con el inaugural se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cumplir los requisitos mínimos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, que esta es compatible con la pensión vitalicia de jubilación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del mismo modo, solicita se condene a Colpensiones a pagar las mesadas pensionales retroactivas, ordinarias y adicionales, a partir del 17 de agosto de 2020.

Por último, deprecia el pago de los intereses moratorios, indexación, las costas del proceso, y se falle ultra y extra petita.

2. Las suplicas que antecedente se fundamentan en los hechos que la Sala sintetiza así:

- Narra el accionante, que nació el día 17 de agosto de 1958, es decir, que, a la fecha de la presentación de la demanda, cuenta con 62 años de edad.

- Que se afilió y cotizó desde el 18 de septiembre de 1991, en el RPM administrado hoy por Colpensiones, y, posteriormente, se trasladó al RAIS, en el fondo de pensiones Colfondos SA, donde inició cotizaciones a partir de noviembre de 1999.

- Asegura que, al momento de realizar el traslado, el fondo privado no le suministró la información adecuada sobre las consecuencias negativas de dejar el RPM, y trasladarse al RAIS; como tampoco se le informó sobre el capital que tendría que reunir para recibir una pensión de vejez. No obstante, considera que, por la falta de información documentada, la Administradora del RAIS la indujo a incurrir en un error al trasladarse de régimen y no escoger la afiliación en el ISS, hoy Colpensiones, como una mejor opción para su vejez.

- Expresa que, atendiendo lo anterior, el día 04 de diciembre de 2020, a través de apoderado, presentó ante Colpensiones solicitud de ineficacia de traslado de régimen, y posterior reconocimiento de pensión de vejez, misma que fue despachada de manera desfavorable.

- De otra latitud, expresa que, según el reporte de días acreditados remitida el 05 de noviembre de 2020, por parte de Colfondos SA, acumula un total de 1.319,43 semanas de cotización en toda su vida laboral.

- Expone que inició a laborar mediante contrato de trabajo con el colegio DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA, desde el 01 de febrero de 1988 en el cargo de docente de básica primaria y que actualmente es coordinador académico.

- Asevera que, dentro de la historia laboral reportada, tanto por Colfondos, como por Colpensiones, no figuran las cotizaciones a pensión desde el 01 de febrero de 1988 hasta el 17 de septiembre de 1991, es decir, 1.306 días aproximadamente, equivalentes a 186,57 semanas aproximadamente, a pesar de tener una vinculación laboral vigente con el colegio DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA.

- Explica que, sumando el tiempo faltante con el que tiene reportado en el Sistema de Pensiones, acreditaría un total de 1.506 semanas de cotización

en toda su vida laboral, desde el 01 de febrero de 1988 hasta el 30 de septiembre de 2020.

- En tal sentido, considera que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por haber reunido los requisitos mínimos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

- Por último, pone en conocimiento que devenga una pensión vitalicia de jubilación, la cual le fue reconocida por la Secretaría de Educación del Municipio de Montería, mediante Resolución No. 1711 del 10 de diciembre de 2013, y es pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. Además, resalta que todo el tiempo cotizado como afiliado en COLPENSIONES y lo cotizado en el RAIS, ha sido realizado en razón de su vinculación laboral con el sector privado; por lo que, a su juicio, no existiría incompatibilidad.

Trámite y contestación

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas contestaron la demanda, ejerciendo su derecho de defensa en los siguientes términos:

Colegio DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA

El colegio demandado contestó la demanda, manifestando atenerse a lo que resultara probado al interior del proceso. Además, indicó ser ciertos los hechos primero, décimo quinto, y décimo séptimo del texto contentivo de la demanda.

Como excepciones de mérito propuso las de *pago de lo no debido*, y *buena fe del empleador*.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones que pretenden el traslado de régimen y el reconocimiento de una pensión de vejez, pues, el

traslado se está solicitando por fuera del término estipulado por la ley 100 de 1993. Además, menciona que aceptar lo contrario sería ocasionar un detrimento al fondo de pensiones y generar perjuicio futuro a los candidatos a pensionarse.

Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación por parte de mi representada, buena fe, prescripción, de la prescripción en materia de seguridad social, y la innominada o genérica.*

Fondo de Pensiones y cesantías Colfondos SA.

Ejerció su derecho de defensa, manifestando oponerse solo a la pretensión que persigue el pago de perjuicios morales y materiales por el indebido traslado.

Como excepción previa presentó la de *indebida acumulación de pretensiones.* Y la de mérito la denominó *inexistencia de perjuicios a reparar.*

II. FALLO APELADO

1. Mediante proveído de fecha 14 de junio de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería declaró la ineficacia del acto de traslado realizado por el actor del RPM al RAIS.

En consecuencia, ordenó a Colfondos SA, a devolver los aportes a pensión, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensiones, y las comisiones, ante Colpensiones, y en favor del demandante.

De igual manera, ordenó a Colpensiones, recibir los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensiones, y las comisiones, que debe trasladar Colfondos SA, en favor del accionante.

2. De otra parte, declaró que, entre el demandante y la demandada, COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA, existió una relación laboral derivada de contratos de trabajo a término fijo desde el 1º de febrero de 1988 hasta el 26 de octubre de 2020; y la relación laboral comprendida desde el 1º de febrero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 2008 se entiende ejecutada por el año escolar de cada vigencia. Y la relación laboral correspondiente a los años 2009 al 2020 se entiende ejecutada desde el 15 de enero al 15 de diciembre de cada vigencia.

En consecuencia, condenó al COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA, a que realice, con destino a Colpensiones, el pago de los aportes en pensión dejados de cotizar en favor del demandante, previo cálculo actuarial que emita la Colpensiones, en virtud de los siguientes períodos, con sus respectivos intereses moratorios:

AÑO	MES	SALARIO BASE DE COTIZACIÓN	No DÍAS A COTIZAR
1988	FEBRERO	\$ 25.637,40	30
	MARZO	\$ 25.637,40	30
	ABRIL	\$ 25.637,40	30
	MAYO	\$ 25.637,40	30
	JUNIO	\$ 25.637,40	30
	JULIO	\$ 25.637,40	30
	AGOSTO	\$ 25.637,40	30
	SEPTIEMBRE	\$ 25.637,40	30
	OCTUBRE	\$ 25.637,40	30
	NOVIEMBRE	\$ 25.637,40	30
	FEBRERO	\$ 32.559,60	30
	MARZO	\$ 32.559,60	30
	OCTUBRE	\$ 32.559,60	30
	NOVIEMBRE	\$ 32.559,60	30
1990	FEBRERO	\$ 41.025,00	30
	MARZO	\$ 41.025,00	30
	ABRIL	\$ 41.025,00	30
	MAYO	\$ 41.025,00	30
	JUNIO	\$ 41.025,00	30
	JULIO	\$ 41.025,00	30
	AGOSTO	\$ 41.025,00	30
	SEPTIEMBRE	\$ 41.025,00	30
	OCTUBRE	\$ 41.025,00	30
	NOVIEMBRE	\$ 41.025,00	30
1991	ABRIL	\$ 54.630,00	30
	MAYO	\$ 54.630,00	30
	JUNIO	\$ 54.630,00	30
	JULIO	\$ 54.630,00	30
	AGOSTO	\$ 54.630,00	30
1992	SEPTIEMBRE	\$ 54.630,00	17
	FEBRERO	\$ 70.260,00	23
	FEBRERO	\$ 81.510,00	30
	MARZO	\$ 81.510,00	30
	ABRIL	\$ 81.510,00	30
	MAYO	\$ 81.510,00	30
	JUNIO	\$ 81.510,00	30
1993	JULIO	\$ 81.510,00	30
	AGOSTO	\$ 81.510,00	30
	SEPTIEMBRE	\$ 81.510,00	30
	OCTUBRE	\$ 81.510,00	30
	NOVIEMBRE	\$ 81.510,00	30
1994	FEBRERO	\$ 98.700,00	17
1995	FEBRERO	\$ 145.835,00	30
1997	FEBRERO	\$ 455.500,00	30
	FEBRERO	\$ 1.039.350,00	30
1999	JULIO	\$ 1.039.350,00	20
	AGOSTO	\$ 1.039.350,00	30
2001	FEBRERO	\$ 931.100,00	30

3. De igual manera, declaro que el demandante tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez, a partir del 17 de agosto de 2020, en un monto de \$2.821.821,38., y a partir del 01 de junio de 2022, debía pagar las mesadas ordinarias y la

adicional en cuantía equivalente a \$3.028.392,31 mensuales, la cual deberá incrementar anualmente con base al IPC.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colpensiones a pagar las mesadas pensionales retroactivas a partir del 17 de agosto de 2020, suma que, hasta el 31 de mayo de 2022, ascendía a \$67.842.203,53.

De igual modo, autorizó a Colpensiones, a realizar los respectivos descuentos para aporte a seguridad social.

También, condenó a Colpensiones al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, declaró que la pensión reconocida era compatible con la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por parte de la Secretaria de Educación del Municipio de Montería.

Por último, condenó en costas a cada una de las accionadas.

En sustento de lo anterior, y en lo que tiene que ver con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, el Juez A quo, inicialmente, con relación a la solicitud de ineficacia de traslado, trajo todo un caudal jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que se decanta que las AFP tienen el deber de ilustrar las ventajas, desventajas, características y consecuencias de la afiliación al régimen que pretenden con el fin de que dicha elección sea de manera libre e informada y, en caso de que la AFP incumpla con dicha obligación, deviene la declaratoria de ineficacia.

En esa medida, sostuvo que no existe prueba alguna que logre demostrar que Colfondos SA, haya informado de manera clara, completa y eficaz al demandante, sobre las implicaciones del traslado de régimen, por el contrario, no presenta oposición a la declaratoria de ineficacia del mismo. Por lo tanto, refirió que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado, debe entenderse que el demandante nunca se trasladó el

demandante de régimen y siempre estuvo afiliado al RPM, razón por la cual COLPENSIONES debe tener como afiliado a éste; por su parte, COLFONDOS deberá trasladar los recursos y emolumentos descritos en la parte resolutive de la sentencia.

De otra parte, frente a la pretensión de perjuicios, indicó que el demandante no aportó prueba alguna que demuestre tales perjuicios, y como lo establece el artículo 164 del CGP, toda decisión debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; por tanto, negó dicho pedimento.

En cuanto al derecho a la pensión de vejez deprecada, indicó que el demandante cumplió la edad de 62 años el 17 de agosto de 2020. Asimismo, luego de examinar su historia laboral, tanto la expedida por Colpensionens, como por Colfondos, a esta calenda el actor contaba con más 1.300 semanas de cotización, aunado a que existe mora en sus cotizaciones por parte del empleador, Colegio Diocesano Juan Pablo II, con los cuales el número de semanas asciende a 1.595,72 semanas de cotización, por lo que, considera que el actor cumple los requisitos para obtener la pensión de vejez.

Para establecer el monto de la pensión, señaló que el IBL a aplicar sería el promedio de los últimos 10 años, por serle este más beneficioso al demandante, y aplicando una tasa de reemplazo del 70.8%, le arrojó una mesada pensional de \$2.821.821,38., a partir del 17 de agosto de 2020, por haber cumplido en esta calenda los requisitos de edad y semanas de cotización.

Asimismo, procedió a ajustar el valor de la mesada pensional de acuerdo con el IPC, le arrojó una mesada de \$2.867.252,70., para 2021, y para 2022 \$3.028.392,31.

En cuanto al número de mesadas pensionales al año, estimó que solo eran procedente 13 mesadas pensionales al año. Adicionalmente, sostuvo que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción sobre las

mesadas pensionales retroactivas causadas, atendiendo la fecha en que fue presentada la demanda.

De igual manera, condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, argumentando que, pese a que en fecha 04 de diciembre de 2020, el demandante presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, Colpensiones no se refirió a dicha petición, por lo que se encuentra afectado el pago deprecado, causándose los intereses moratorios, a partir del día 04 de abril de 2021, fecha en la que vencía el término que tenía para resolver la solicitud pensional.

Por último, frente a la incompatibilidad que indica Colpensiones que existe entre la pensión pretendida y la pensión de jubilación que devenga el actor por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, citó sentencia de la Corte, para con ella indicar que las mismas son compatibles, en razón a que, si los docentes oficiales paralelamente laboran en el sector privado pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a las mismas, con el fin de que al cumplir las exigencias del régimen, puedan acceder a los beneficios del mismo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Tanto, Colfondos SA, como la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, interpusieron recurso de apelación, el cual sustentaron en los siguientes términos:

Colfondos SA.

Sustentó la alzada solo frente a la condena en costas que le fue impuesta, argumentando que Colfondos, en el presente asunto no presentó ningún tipo de contradicción frente a las pretensiones de la demanda, y conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, las costas se impondrán a la parte en el evento que exista controversia; no obstante, considera que no presentó ningún tipo de controversia o posición encontrada frente a la

pretensión del demandante consistente en la ineficacia del acto de traslado del RPM al RAIS.

Además, menciona que, la única oposición que hizo Colfondos fue frente a la pretensión que buscaba el pago de perjuicios, por no haber suministrado información al momento del traslado, excepción que fue declarada probada por parte del A quo; por tanto, considera que no existen razones para que su defendida sea condenada en costas.

Colpensiones

Argumentó no estar conforme con las condenas impuestas, atendiendo que Colpensiones no estuvo inmersa en el traslado realizado por el demandante; por tanto, no puede ella asumir las consecuencias resueltas en la presente sentencia. Resalta, además, que la decisión del traslado fue libre y voluntaria por parte del actor, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que en él intervinieron, siendo Colpensiones totalmente ajena a esa circunstancia, pues, en ningún momento asesoró o brindó información para que el demandante accediera al cambio de administradora.

De igual manera, sostiene que debe ser el fondo de pensiones receptora del afiliado la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado, y con ello asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria.

De otra parte, resalta el hecho de que, normativamente el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltare menos de 10 años para reunir el requisito de edad para causar su derecho a la pensión de vejez, y, en el presente asunto, el actor cuenta con 62 años de edad, por lo que resulta imposible trasladarse de régimen.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, manifiesta estar inconforme, en razón a que, reitera, por faltarle menos de 10 años al afiliado para pensionarse, no puede otorgarse el traslado solicitado, y de contera, deviene improcedente el reconocimiento pensional.

Adicionalmente, señala que el actor ya está percibiendo una pensión vitalicia de jubilación, reconocida por la Secretaria de Educación de Montería, y atendiendo a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución, la pensión reconocida resulta ser incompatible.

De igual forma, con relación a los intereses moratorios, aduce que estos resultan procedentes cuando existe mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales, a partir de que esta es reconocida mediante acta administrativo; no obstante, considera que estos, en el presente proceso, no resultan procedentes.

Por último, en cuanto a la condena en costas, se opone a estas, en razón a que en el transcurso del proceso se actuó sin temeridad y siempre bajo los postulados de la buena fe; además, aduce que no se encuentra acreditado que se haya realizado gastos por parte del demandante que genere la condena en costas impuesta.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, la parte Colpensiones presentó alegatos de conclusión reluciendo los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Problema jurídico

2. Éste, radica en determinar: **(i)** sí existe 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 ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. **(iii)** Si opera la prescripción de la ineficacia; **(iv)** si la pensión de jubilación de docente oficial reconocida al actor y a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es compatible con la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003, reclamada por él en la demanda. De ser así, **(v)** si el actor cumple con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de vejez a la luz del artículo 33 de la ley 100 de 1993; en caso afirmativo, **(vi)** determinar el monto de la pensión, fecha de disfrute, IBL y tasa de reemplazo **(vii)** examinar el retroactivo pensional e intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, **(viii)** la excepción de prescripción, y **(ix)** si procedía la condena en costas a en contra de las accionadas Colfondos SA, y Colpensiones.

Supuestos facticos que no son objeto de censura

3. En esta instancia no fue objeto de discusión, y, en secuencia, se mantiene incólume, el hecho que, entre el señor Luis Alfonso Mendoza y el Colegio Diocesano Juan Pablo II de Montería, existió una relación laboral, existió una relación laboral derivada de contratos de trabajo a término fijo desde el 1º de febrero de 1988 hasta el 26 de octubre de 2020. Así como que la relación laboral comprendida desde el 1º de febrero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 2008 se entiende ejecutada por el año escolar de cada vigencia; y la relación laboral correspondiente a los años 2009 al 2020 se entiende ejecutada desde el 15 de enero al 15 de diciembre de cada vigencia.

De igual manera, que el pago de los aportes a seguridad social, deben realizarse teniendo en cuenta los salarios base de cotización establecidos por el A quo en su sentencia.

• De la ineficacia del acto de traslado

4. En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio

pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una 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.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “pro” y también los “contra” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. De lo anterior son pertinentes las **Sentencias SL4336-2020, SL1688-2019, SL782-2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

Aterrizando, con tal perspectiva en el caso *subéxamine*, encontramos que en el libelo introductorio alude el demandante que en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le brindaron la información necesaria al momento del traslado.

Acorde a lo anterior, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa a la potencial afiliada, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicara no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente Litis no fueron acreditadas por la entidad demandada, Colfondos S.A., administradora a la que se trasladó el demandante, circunstancias que permitan inferir razonadamente que dicha entidad cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Así las cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada Colfondos S.A., haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, es claro que, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

- **De los gastos de administración y rendimientos financieros**

5. Respecto de las consecuencias que arroja la declaración de ineficacia del actor de traslado realizado por el actor, en múltiples ocasiones, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha dicho que las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, son: **(i)** la declaración de que él 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 el demandante tenía en su

cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **(iii)** la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos **(Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008)**, por lo tanto, no se encuentra yerro alguno en la decisión dictada por el juez de primera instancia.

- **Excepción de prescripción de la acción que pretende la ineficacia del traslado**

6. En lo que respecta a la excepción de prescripción, es menester recordar que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha edificado un criterio sobre este tópico, concluyendo que el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible. **(Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019)**, lo que significa que, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción.

- **No participación de Colpensiones en el acto de traslado**

7. Argumenta la apoderada judicial de la parte demandada, Colpensiones, que dicha entidad no fue parte o no intervino en los actos jurídicos de traslados, por ende, las consecuencias de los mismos no deben ser asumidas por Colpensiones. Al respecto, considera la Sala que estos argumentos no logran derruir lo sentado por el juez de primera instancia, ya que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia, como se dejó sentado en precedencia, es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ello, no es necesario que medie la voluntad o intervención de Colpensiones en dichos actos jurídicos.

- **Requisitos para tener derecho a la pensión de vejez a la Luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.**

8. A la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de vejez se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Conforme lo anterior, al revisar los documentos adosados por el demandante, constata la Sala que, efectivamente, se cumplió con el primer requisito, que para el caso del señor Luis Alfonso Mendoza, corresponde a 62 años de edad, y tal como se evidencia en su documento de identidad, los cumplió el 17 de agosto de 2020 (folio 16 de los anexos de la demanda - Archivo PDF 002).

De otro lado, al analizar el segundo requisito, esto es, la densidad de semanas cotizadas, encuentra la Sala que también reúne más de las 1.300 semanas que prevé la norma, tal como se avizora en su historia laboral, tanto la aportada por Colpensiones, como por Colfondos SA, como por los periodos en que el Juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el Colegio Diocesano Juan Pablo II de Montería, y que fue objeto de condena para el pago de aportes a seguridad social en pensión. No obstante, se constata que, durante toda su vida laboral, cotizó un total de 1.592,43 semanas.

En conclusión, para esta Superioridad surge diáfano que el demandante el día 17 de agosto de 2020, cumplió los 62 años de edad, asimismo, que para dicha data ya contaba con más de 1.300 semanas de cotización, por lo tanto, puede decirse que causó su derecho a la pensión de vejez el día 17 de agosto de 2020.

- **Monto de la pensión de vejez**

11. En lo atinente a la liquidación del IBL, luego de realizar los respectivos cálculos aritméticos, tomando como base el promedio de los últimos 10 años, arrojó un IBL de \$3.985.623, que, al aplicarle la tasa de remplazo que correspondía, o sea la del **70.81%**, ello arroja como resultado una cuantía pensional de **\$ 2.822.220**, para el año 2021, valor que resulta ser inferior a la mesada que arrojó el Juez de primera instancia, y por tanto, se realizará la respectiva modificación a la providencia fustigada.

- **Tasa de remplazo**

10. En cuanto a la tasa de remplazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, la misma corresponde **al 70.81%**, dado que el total de semanas cotizadas por el demandante es de 1.592,43.

- **Fecha de disfrute del derecho pensional**

9. El juez de primera instancia consideró que el disfrute de la pensión del actor debía serlo a partir de la fecha en que el actor cumplió el requisito de la edad, esto es, a partir del 17 de agosto de 2020.

Ante la decisión del A quo, primeramente, debe decirse que, una cosa es la fecha de causación, cual es, la fecha en que el afiliado reúne los requisitos de tiempo y edad para adquirir el derecho pensional, y otra muy distinta es la fecha de disfrute, es decir, la fecha en que inicia a gozar de su derecho a la pensión de vejez; no obstante, para esta última, por regla general se exige la desafiliación del sistema (el retiro o desvinculación), (Sentencias SL17999-2017, SL5603-2016, SL4611-2015 y SL, 20 oct. 2009, rad. 35605).

En segundo lugar, 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 SL348-

2023, SL3896-2022, SL3465-2022, SL2271-2022, SL2272-2022, SL367-2022 y SL905-2022), lo cual aquí no aparece acreditado.

Es que, contrario a lo sentado por la A quo, no es dable concluir que COLPENSIONES haya obligado al actor a seguir cotizando con una negación injustificada del reconocimiento de la pensión de vejez, pues no le era dable a esa administradora de pensiones reconocer dicha pensión en sede administrativa, dado que el convocante aparecía vinculado al RAIS.

Obsérvese que, respecto a un caso similar al presente, en el que se concedió la ineficacia del traslado al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez, y en el que la parte demandante había dejado de cotizar al sistema, la Honorable Sala de Casación, en sentencia SL3465-2022, estimó que lo anterior no era motivo para predicar la desafiliación al sistema. Así lo expresó:

“Ahora, observa la Sala que las historias laborales que se allegaron por Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., reportan cotizaciones al sistema hasta junio 26 de 2019, pero por esa sola circunstancia no puede inferir la Corte, que efectivamente el demandante se haya retirado del sistema, presupuesto que resulta fundamental para que proceda el pago de la prestación”.

Acorde a lo anterior, hay lugar a revocar la condena a COLPENSIONES de pagar el retroactivo pensional establecido en la sentencia apelada, y, en su lugar, se ha de disponer que la pensión de vejez le sea pagada a la parte demandante a partir del día siguiente al efectivo retiro del sistema de seguridad social en pensiones (Vid. CSJ Sentencia SL3465-2022).

Adicionalmente, atendiendo la improcedencia del pago del retroactivo pensional, cae por su propio peso el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, a los que impuso condena el Juez A quo.

- **Compatibilidad de la pensión de vejez con pensión de jubilación.**

Acreditado está en el plenario que al actor mediante Resolución N° 1711 del 10 de diciembre de 2013 le fue reconocida por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACION DE MONTERIA, pensión de jubilación, documento que da cuenta que su génesis lo fue su vinculación de docente en el sector oficial por el periodo del 19 de agosto de 1982 al 17 de agosto de 2013, afiliado al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cumpliendo sus labores en la Institución Educativa Villa Margarita de la ciudad de Montería.

Ahora bien, reposa dentro del plenario historia laboral de semanas cotizadas expedida en Colpensiones, así como historia laboral en el Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos SA, de las que se desprende que el actor realizó aportes para pensión en el sector privado, a través del vínculo laboral que sostuvo con el Colegio Diocesano Juan Pablo II de Montería, vínculo laboral que fue declarada por el Juez de primera instancia, y que además, de la contestación de demanda realizada por esta, se pone al descubierto que es una institución del sector privado (Folio 12 del archivo PDF 005).

En ese entendido, debe esta Sala señalar que la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución N° 1711 del 10 de diciembre de 2013, es compatible con la pensión de vejez del sistema general de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993 **(Véase las sentencias CSJ SL-3775 de 2021, SL-5228 de 2018; SL-2655 de 2018; SL- 2293 de 20118; SL-712 de 2018; SL-536 de 2018 y SL- 451 de 2013)**, por ejemplo, en la CSJ 3775 de 2021, la Corte señaló lo siguiente:

"Vale decir, que el régimen exceptuado, tal y como venía funcionando, con las explicaciones ya dadas, se mantuvo para aquellos docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con atención, en todo caso, de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas generadas durante su vigencia, es decir, para el caso, dado que el demandante se afilió al ISS desde el 16 de mayo de 1984, ninguna incidencia tenía sobre su situación particular lo prescrito por el artículo 81 citado y se encontraba plenamente habilitado, en el ejercicio de la docencia

particular, para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, de acceder a una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación de que disfruta en el sector público como docente.”

Acorde a lo anterior, las aludidas pensiones son compatibles, dado que provienen de fuentes distintas y, además, la pensión legal que debe reconocer COPENSIONES a sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública, y, por consiguiente, no es dable predicar la violación del artículo 128 de la Constitución, que prohíbe recibir más de una asignación del tesoro público.

Solo los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, con posterioridad al 27 de junio de 2003, es que sus derechos pensionales son los del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 (**Vid. A.L. 01 de 2006, parágrafo transitorio 1º; y, Sentencia SL1025-2019**), lo cual no aplica al demandante, porque, como se desprende de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación por su labor docente oficial, su vinculación al servicio público educativo oficial fue el 19 de agosto de 1982. Por consiguiente, no le asiste razón a lo alegado por la censura en su alzada.

- **De condena en costas**

13. Argumenta el vocero judicial de Colpensiones que no puede condenarse en costas por ser este un tercero que no tuvo incidencia en el negocio jurídico celebrado por el actor con Colfondos SA. Y, en igual sentido, se duele Colfondos de dicha condena, asegurando que no presentó oposición al interior del presente proceso.

Para resolver el anterior planteamiento, debe la Sala traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

Acorde al anterior aparte normativo, surge diáfano que la condena en costas se impone a cargo de la parte vencida en el proceso, sin que para ello interese un proceder de buena fe, sumado al hecho de que Colpensiones y Colfondos SA, propusieron excepciones de mérito, inclusive, Colfondos Propuso excepción previa. Por tanto, resultaba procedente la imposición de la condena en costas impuesta a su cargo y a favor de la parte actora.

VI. DECISIÓN

Por lo anterior, esta Sala de decisión modificará el numeral octavo de la sentencia de primera instancia, en el sentido que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del actor debe serlo a partir del día siguiente de la desafiliación del sistema, y en cuantía de \$2.822.220, para el año 2021, en lo demás se confirma este numeral.

Asimismo, se revocará parcialmente el numeral noveno, en el sentido de absolver a la demandada del pago del retroactivo pensional. Asimismo, se modifica este numeral, en el sentido que el valor de la mesada pensional para el año 2022 es de \$2.980.829, en lo demás se mantiene este numeral.

Por último, se revocará el numeral décimo primero, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En todo lo demás se confirmará el fallo de primera instancia. No se impondrá condena en costas en esta instancia por no haber réplica de parte del actor.

PERIODO	I.B.C.	DÍAS	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	ÍNDICE FINAL DIC-2020	I.B.C. ACTUALIZADO	SALARIO PROMEDIO
jun-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
jul-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
ago-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
sep-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
oct-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
nov-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
dic-11	2.547.000,0	30	73,45	105,48	3.657.693	30.480,78
ene-12	2.547.000,0	30	76,19	105,48	3.526.153	29.384,60
feb-12	2.547.000,0	30	76,19	105,48	3.526.153	29.384,60
mar-12	2.547.000,0	30	76,19	105,48	3.526.153	29.384,60
abr-12	2.929.000,0	30	76,19	105,48	4.055.006	33.791,72
may-12	2.674.000,0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,80
jun-12	2.674.000,0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,80
jul-12	2.674.000,0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,80

ago-12	2.674.000, 0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,8 0
sep-12	2.674.000, 0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,8 0
oct-12	2.674.000, 0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,8 0
nov-12	2.674.000, 0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,8 0
dic-12	2.674.000, 0	30	76,19	105,48	3.701.976	30.849,8 0
ene-13	2.674.000, 0	30	78,05	105,48	3.613.754	30.114,6 2
feb-13	2.674.000, 0	30	78,05	105,48	3.613.754	30.114,6 2
mar-13	2.674.000, 0	30	78,05	105,48	3.613.754	30.114,6 2
abr-13	2.674.000, 0	30	78,05	105,48	3.613.754	30.114,6 2
may-13	3.027.000, 0	30	78,05	105,48	4.090.813	34.090,1 1
jun-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
jul-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
ago-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
sep-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
oct-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
nov-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
dic-13	2.751.000, 0	30	78,05	105,48	3.717.815	30.981,7 9
ene-14	2.751.000, 0	30	79,56	105,48	3.647.253	30.393,7 8

feb-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
mar-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
abr-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
may-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
jun-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
jul-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
ago-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
sep-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
oct-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
nov-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
dic-14	2.848.000, 0	30	79,56	105,48	3.775.855	31.465,4 6
ene-15	2.848.000, 0	30	82,47	105,48	3.642.622	30.355,1 8
feb-15	2.848.000, 0	30	82,47	105,48	3.642.622	30.355,1 8
mar-15	2.848.000, 0	30	82,47	105,48	3.642.622	30.355,1 8
abr-15	2.848.000, 0	30	82,47	105,48	3.642.622	30.355,1 8
may-15	3.498.000, 0	30	82,47	105,48	4.473.979	37.283,1 6
jun-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
jul-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5

ago-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
sep-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
oct-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
nov-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
dic-15	3.010.000, 0	30	82,47	105,48	3.849.822	32.081,8 5
ene-16	3.010.000, 0	30	88,05	105,48	3.605.847	30.048,7 2
feb-16	3.010.000, 0	30	88,05	105,48	3.605.847	30.048,7 2
mar-16	3.543.000, 0	30	88,05	105,48	4.244.357	35.369,6 4
abr-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
may-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
jun-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
jul-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
ago-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
sep-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
oct-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
nov-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
dic-16	3.276.000, 0	30	88,05	105,48	3.924.503	32.704,1 9
ene-17	3.276.000, 0	30	93,11	105,48	3.711.228	30.926,9 0

feb-17	3.276.352, 0	30	93,11	105,48	3.711.627	30.930,2 3
mar-17	3.276.352, 0	30	93,11	105,48	3.711.627	30.930,2 3
abr-17	3.276.352, 0	30	93,11	105,48	3.711.627	30.930,2 3
may-17	3.276.352, 0	30	93,11	105,48	3.711.627	30.930,2 3
jun-17	4.731.883, 0	30	93,11	105,48	5.360.531	44.671,0 9
jul-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
ago-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
sep-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
oct-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
nov-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
dic-17	3.567.458, 0	30	93,11	105,48	4.041.408	33.678,4 0
ene-18	3.567.458, 0	30	96,92	105,48	3.882.537	32.354,4 7
feb-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
mar-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
abr-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
may-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
jun-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
jul-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5

ago-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
sep-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
oct-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
nov-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
dic-18	3.824.023, 0	30	96,92	105,48	4.161.762	34.681,3 5
ene-19	3.824.023, 0	30	100	105,48	4.033.579	33.613,1 6
feb-19	3.824.023, 0	30	100	105,48	4.033.579	33.613,1 6
mar-19	3.824.023, 0	30	100	105,48	4.033.579	33.613,1 6
abr-19	3.824.023, 0	30	100	105,48	4.033.579	33.613,1 6
may-19	3.824.023, 0	30	100	105,48	4.033.579	33.613,1 6
jun-19	5.283.848, 0	30	100	105,48	5.573.403	46.445,0 2
jul-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
ago-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
sep-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
oct-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
nov-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
dic-19	4.115.988, 0	30	100	105,48	4.341.544	36.179,5 3
ene-20	4.115.988, 0	30	103,8	105,48	4.182.605	34.855,0 4

feb-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
mar-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
abr-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
may-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
jun-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
jul-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
ago-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
sep-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
oct-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
nov-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
dic-20	4.456.530,0	30	103,8	105,48	4.528.659	37.738,82
ene-21	4.456.530,0	30	105,48	105,48	4.456.530	37.137,75
feb-21	4.456.530,0	30	105,48	105,48	4.456.530	37.137,75
mar-21	4.456.530,0	30	105,48	105,48	4.456.530	37.137,75
abr-21	4.456.530,0	30	105,48	105,48	4.456.530	37.137,75
may-21	4.456.530,0	30	105,48	105,48	4.456.530	37.137,75
TOTAL DIAS		3600	IBL			3.985.623
			TASA DE REEMPLAZO			70,81%

VALOR MESADA AÑO 2021	2.822.220

Periodo	Valor mesada	IPC
2021	2.822.220	5,62%
2022	2.980.829	13,12%
2023	3.371.914	

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR EL NUMERLA OCTAVO la sentencia de fecha 14 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, radicado bajo el No. **23 001 31 05 001 2021 00048 01 folio 232 – 2022**, promovido por **LUIS ALFONSO MENDOZA LÓPEZ** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, COLEGIO DIOCESANO JUAN PABLO II DE MONTERÍA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**, en el sentido que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del actor debe serlo a partir del día siguiente de la desafiliación del sistema, y en cuantía de \$2.822.220, para el año 2021, en lo demás se confirma este numeral.

SEGUNDO. REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL NOVENO, de la sentencia de fecha, origen y radicado antes enunciado, en el sentido de absolver a la demandada del pago del retroactivo pensional. Asimismo, se modifica este numeral, en el sentido que el valor de la mesada pensional para el año 2022 es de \$2.980.829, en lo demás se mantiene este numeral.

TERCERO. REVOCAR EL NUMERAL DÉCIMO PRIMERO, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

CUARTO. CONFIRMAR en todo lo demás el fallo de primer grado.

QUINTO. SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado


MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 2300131050042020-00216-01 FOLIO 236-2022
Aprobado por Acta N. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023).**

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a solventar la apelación formulada por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 08 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **LUZ MARINA BARRETO PEREZ** contra **ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. La mencionada activista, dirigió demanda ordinaria laboral en contra de Arcelio De Jesús Salcedo Peralta y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentando como pretensiones declarativas, respecto del primero, que se declara que, entre ella y éste, en su condición de propietario de la de la empresa “HERMANOS SALCEDO LTDA, (...) hoy liquidada”, existió una relación laboral, que discurrió desde el 13 de febrero de 1983 hasta el 30 de noviembre de 1995, que el Sr. Salcedo Peralta en la calidad dicha, “no realizó los aportes y/o cotizaciones en pensión” en su favor, por lapso ya

indicado. Motivo por el que pide, se condene a éste a pagar las mencionadas erogaciones. En cuanto a Colpensiones, pide se declare que tiene derecho a que ésta le reconozca pensión de vejez y que sea condenada por ello, “desde el momento en que adquirió su estatus de pensionado, esto es, el día 8 de octubre de 2019” a pagar el retroactivo pensional causado desde tal calenda “junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, hasta que se efectúe el pago total de la obligación” y a pagarle los respectivos intereses moratorios. Así mismo pidió se indexaren las sumas reconocidas, lo probado ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

2. En respaldo de lo anterior, se esgrimió el siguiente fundamento de hecho:

- Relata la demandante que tuvo una relación laboral con el señor ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA, quien era el propietario de la empresa HERMANOS SALCEDO LTDA, la cual tuvo ocurrencia en el periodo comprendido desde el 13 de febrero de 1983 hasta el 30 de noviembre de 1995, esto es, según ella, por un tiempo de 11 años, 9 meses y 18 años, lo cual da un cumulo de 606,8571428 semanas cotizadas en pensión.

- Manifiesta que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; que, en el periodo del 13 de febrero del año 1983 hasta el 9 de septiembre del año 1984 no hubo afiliación por parte de su empleador, ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA.

- Señala que nació el 8 de octubre de 1962, por lo que, actualmente cuenta con 60 años de edad, y, según el reporte expedido por Colpensiones tiene 1.264 semanas.

- Afirma que el 01 de noviembre de 2019, solicito a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; sin embargo, mediante RESOLUCIÓN N. SUB 324033 del 27 de noviembre de 2019, ésta negó el derecho por considerar que no cumple con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993.

- Expresa que interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación el 27 de diciembre de 2019; empero, Colpensiones declaró extemporáneos los recursos y negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, todo a través de RESOLUCIÓN N. SUB 17663.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-**, se opuso a todas y cada una de ellas, por considerar que la señora LUZ MARINA BARRETO PEREZ únicamente cotizó un total de 1.264, motivo por el cual no es una obligación de Colpensiones reconocer una pensión de vejez sin que la demandante cumpla con los requisitos mínimos legales establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones de fondo propuso las de “Inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, innominada o genérica, de buena fe y prescripción”.

De otra parte, por medio de auto de fecha 11 de enero de 2022, el A quo tuvo por no contestada la demanda al demandado, ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído dictado el 08 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito llamadas: “INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES RECLAMADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” E “INNOMINADA O GENÉRICA”, alegadas por la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, acorde lo narrado en el ítem considerativo de este proveído.

De otra parte, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante señora LUZ MARINA BARRETO PÉREZ y el demandado, señor ARCELIO DE JESÚS SALCEDO PERALTA, desde el 13 de febrero del año 1983 hasta el 07 de febrero del año 1991.

Asimismo declaró que el señor ARCELIO DE JESÚS SALCEDO PERALTA, debe pagar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los aportes a pensión de la demandante, dejados de sufragar en los periodos: i) desde el 13 de febrero del año 1983 hasta el 9 de septiembre del año 1984; ii) desde el 1º de enero del año 1989 hasta el 12 de febrero del año 1989; y iii) desde el 2 de febrero del año 1991 hasta el 7 de febrero del año 1991; teniendo como IBC la suma equivalente al salario mínimo mensual legal vigente en dichas anualidades, según el caso.

En ese orden, condenó al señor ARCELIO DE JESÚS SALCEDO PERALTA, a pagarle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, previo cálculo actuarial los aludidos aportes a pensión de la demandante; junto con los intereses moratorios a los que haya lugar.

De igual forma declaró que la señora LUZ MARINA BARRETO PÉREZ, tiene derecho a que la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, le reconozca y pague una pensión de vejez a partir de la presente fecha en la suma inicial de \$828.116.; de conformidad en expresado en el ítem motivo de la presente decisión.

Adicionalmente condenó a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagarle como retroactivo pensional a la señora LUZ MARINA BARRETO PÉREZ la suma de \$33.167.280 comprendido entre el 09 de octubre de 2019 al 31 de mayo de 2022 ya indexado.

En tal sentido absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, inicialmente, expresó que se hacía efectiva la sanción procesal aplicada al demandado, Arcenio de Jesús Salcedo, en el que se presumió la existencia de una relación laboral, sin que el accionado hubiese derruido tal presunción.

Adicionalmente, indicó que testimonios de los señores JOSÉ SEGUNDO MANOTAS DÍAZ, ELIZABETH MARÍA MADERA DÍAZ, DELMA DEL CARMEN MONTALVO DE BARRERA, fueron encontrados coincidente en sostener que la relación laboral si se dio en un granero que era propiedad del demandado, dentro de los términos invocados en la demanda y que coinciden con la historia laboral de aportes a pensión que trajo Colpensiones.

Además, encontró que durante ciertos términos el empleador ARCELIO SALCEDO PERALTA, hizo cotizaciones a seguridad social y que actuó como tal haciendo esas cotizaciones, aspecto que se deriva nada mas de los testimonios que fueron arrimados al proceso. En tal sentido, concluyó que está demostrado que existe un contrato de trabajo entre la señora LUZ MARINA BARRETO PEREZ y ARCELIO SALCEDO PERALTA, desde el 13 de febrero del año 1983 hasta el 7 de febrero del año 1991.

En ese orden de ideas, al salir adelante la existencia del contrato de trabajo, procedió el A quo a estudiar el derecho pensional de la actora, no sin antes explicar que, los periodos no cotizados por su empleador fueron en los siguientes periodos, desde el 13 de febrero de 1983 hasta el 9 de septiembre de 1984, desde el 1 de enero de 1989 hasta el 12 el febrero de 1989 y desde el 2 de febrero de 1991 al 7 de febrero de 1991.

Por consiguiente, condenó a ARCELIO SALCEDO PERALTA a cancelar los correspondientes aportes a pensión del accionante por los presentados ciclos no cotizados al ISS hoy COLPENSIONES, teniendo en cuenta el ingreso base de cotización que equivale a un salario Mínimo Legal Mensual Vigente –SMLMV de dichas nulidades, previo calculo actuarial elaborado por dicha entidad pensional.

En ese sentido, concluyó que, sumados esos 3 periodos, arrojan 89,13 semanas, las cuales deberán ser contabilizadas como efectivamente cotizadas para determinar si la accionante tiene derecho o no a la pensión de vejez.

Pues bien, en cuanto a la causación del derecho de pensión de vejez citó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, señalando que la demandante cumplió los 57 años de edad, el 8 de octubre del año 2019; asimismo, al examinar la

historia laboral que fue aportada por COLPENSIONES, esta refleja un total de 1.264 semanas, que al sumarle las 89,13 semanas que no están relacionadas en la historia laboral, las mismas suman un total de 1.353,13 semanas, concluyendo que la demandante supero las 1.300 semanas requeridas para tener derecho a la pensión de vejez.

En cuanto al disfrute y al monto de la mesada pensional expresó que la actora realizó su última cotización en el ciclo de enero del año 2009, según se evidencia la historia laboral; se encuentra acreditado que cumplió 57 años el 8 de octubre de 2019, por lo tanto, el infirió que esa actitud que dejo de cotizar un tiempo antes de cumplir el estatus pensional y por lo tanto, se entiende que se agregó al sistema el día que cumplió el estatus o edad pensional, de tal manera que el disfrute y el estatus de pensionado se dieron el mismo momento, por ello, concedió la pensión a partir del día siguiente al momento en que cumplió el estatus pensional, es decir, a partir del d 9 de octubre de 2019.

Así mismo, en cuanto al monto de la pensión, observó que tomar el IBL y la tasa de reemplazo, el monto de la pensión era inferior al SMLMV, por tanto, la aproximó a este.

En cuanto a los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, los mismos fueron negados bajo el argumento de que Colpensiones tenía una base legal para negar la pensión de vejez, en la medida que no tenía conocimiento que la relación laboral de la mandante con el señor ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA, inicio desde el 13 de febrero de 1983, de manera que no tenía acciones para cobrar dichos aportes.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

Los contrincantes presentaron recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, sustentando lo siguiente:

Parte demandante

Se duele de la decisión de primera instancia, en cuanto a la negativa de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, entre el empleador y la demandante había unos intereses moratorios. El artículo 24 de la ley 100 del 1993, la cual dispone a las entidades administradoras de pensiones que realicen el cobro coactivo de dicho periodo que se encuentra en mora, como bien fue ratificado por el juez de primera instancia existieron periodos en mora. Además, menciona que Colpensiones ya tenía conocimiento de estos periodos q se encontraban en mora y era su obligación realizar el cobro coactivo de dichos aportes en mora de conformidad con lo establecido con el artículo 24 de la presente ley mencionada; entonces, considera que no existe razón alguna para que estos intereses en Mora sean negados a la demandante.

Por último, afirma que mal se haría pretender que dicho pago no sea reconocido ni siquiera Colpensiones sumariamente logró comprobar que realizó las acciones de cobro coactivo al demandado, razón más que suficiente para que recaiga en cabeza de este el pago de los intereses moratorios.

Colpensiones

Esgrimió que si se revisa la historia laboral de la demandante en la actualidad contaba con 1.264 semanas, por lo que no cumplía con los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida el cual es administrado por Colpensiones.

Adicionalmente, manifiesta que Colpensiones no tenía conocimiento de la situación que conllevó a que el demandado, ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA, no le cotizara las semanas a la demandante. También, agrega que Colpensiones siempre cumplió a cabalidad con las semanas cotizadas reflejadas en la historia laboral; por lo tanto, no se le puede condenar a que reconozca la pensión de vejez.

Por último, considera que si no se puede revocar la sentencia en su totalidad, que se reconozca la pensión de vejez a partir del momento en reconocimiento de la sentencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo el vocero judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión, reafirmando sus argumentos expuestos en la sustentación de la apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero advertir que, además de resolver la apelación *ejusdem*, también se solventará de oficio, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia polemizada, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

Problema Jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar: **(i)** si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz del artículo 33 de la ley 100 de 1993. En caso que tenga derecho al reconocimiento pensional señalado, **(ii)** fecha de disfrute, IBL y tasa de reemplazo **(iii)** excepción de prescripción y **(iv)** si hay lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

- **Supuestos facticos que no fueron objeto de censura**

3. En esta Instancia no es objeto de discusión y, por tanto, se mantiene incólume los siguientes supuestos:

- Que entre la actora y ARCELIO DE JESUS SALCEDO PERALTA, existió una relación laboral en el periodo de 13 de febrero del año 1983 hasta el 07 de febrero del año 1991.

- **Requisitos para tener derecho a la pensión de vejez a la Luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.**

4. A la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez, se deben cumplir los siguientes presupuestos:

"ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
 2. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

Conforme lo anterior, al revisar los documentos adosados por la demandante, constata la Sala que, efectivamente, se cumplió con el primer requisito, que para el caso de la señora LUZ MARINA BARRETO PEREZ, corresponde a 57 años de edad, y tal como se evidencia en su documento de identidad, los cumplió el 08 de octubre de 2019.

De otro lado, al analizar el segundo presupuesto, esto es, la densidad de semanas cotizadas, encuentra el Tribunal que también reúne más de las 1.300 semanas que prevé la norma, tal como se avizora en su historia laboral, donde se constata que, durante toda su vida laboral, cotizó un total de 1.264

semanas, más las 89.13 semanas que no están en la historia laboral, pero que fue el periodo que el A quo declaró la relación laboral, nos arroja un total 1.353,13 semanas cotizadas desde el 13 de febrero del año 1983 hasta el 31 de enero de 2019.

En conclusión, para esta Superioridad, surge diáfano que la demandante, el día 08 de octubre de 2019, cumplió los 57 años de edad, asimismo, que para dicha data ya contaba con 1.373 semanas de cotización, por lo tanto, puede decirse que causó su derecho a la pensión de vejez el día 08 de octubre de 2019.

- **Monto de la pensión (IBL y Tasa de Reemplazo)**

5. Como quiera que el monto fijado para la pensión en primera instancia se estableció en la suma equivalente a un SMLMV, no es necesario estudiar el IBL, tasa de reemplazo, y por ende, el monto de la cuantía de la pensión, toda vez que, la parte accionante se mostró conforme con tal determinación, pues no apeló la decisión, y por tanto, no es dable agravar la situación al apelante único, Colpensiones, a quien, por demás, se surte a su favor el grado jurisdiccional de consulta, como tampoco hay lugar a disminuir dicha cuantía pensional, habida cuenta que, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 y los artículos 2 de la Ley 71 de 1988 y 35 de la Ley 100 de 1993, el valor de la pensión no puede ser inferior al del salario mínimo legal mensual (SL 16277-2014 y SL 10718-2017).

- **Fecha de disfrute del derecho pensional**

6. De otra parte, para determinar la fecha de disfrute de la pensión se exige la desafiliación del sistema (el retiro o desvinculación), (**Sentencias SL17999-2017, SL5603-2016, SL4611-2015 y SL, 20 oct. 2009, rad. 35605**) Empero, también ha reiterado la Corte que, una excepción a la regla general atrás reseñada es cuando el afiliado ha sido obligado a seguir cotizando cuando habiendo cumplido los requisitos para adquirir su derecho pensional, este le es negado, o cuando la conducta del afiliado denota su plena intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema (**sentencias SL-5613/2016, SL-9036/2017, SL-1559/2017, SL-11005/2017, SL-534/2020**).

Así las cosas, observa la Sala que la última cotización realizada por la actora lo fue en enero de 2019, calenda para la cual aún no reunía los requisitos para causar la pensión de vejez, y; sin embargo, no cotizó más al sistema, por lo que resulta lógica la fecha de disfrute estimada por el A quo, al tener el 09 de octubre de 2019.

- **Excepción de prescripción**

6. En cuanto a la excepción de prescripción, la misma no se configuró, habida cuenta que, la demanda fue presentada el día 12 de noviembre de 2020, y la fecha de disfrute se determinó que lo era a partir del 09 de octubre de 2019.

- **Intereses moratorios**

7. Con relación a los intereses moratorios, encuentra la Sala que los mismos no son procedentes, habida consideración que, para la data en que la actora solicitó el reconocimiento pensional, no se había declarado la existencia del contrato de trabajo en el periodo que fue reconocido por el A quo, es decir, desde el 13 de febrero de 1983 hasta el 12 de febrero de 1989, Colpensiones no estaba obligado a perseguir, en los términos del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, el pago de los aportes a pensión que fueron ordenados en primera instancia.

En tal sentido, al Colpensiones al verificar la historia laboral de la demandante, en ese momento, la actora no cumplía con el requisito de densidad de semanas cotizadas.

Por lo anterior, acertada estuvo la decisión del A quo al negar los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, y en su lugar, conceder la indexación, siendo que esta resuelta procedente pues, recuérdese que la misma guarda coherencia con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y tiene su fuente 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 (**SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras**).

- **Descuentos de salud.**

8. Del retroactivo pensional a pagar, la entidad debe descontar los aportes para el sistema de seguridad social en salud (**SL6446, 15 abr. 2015, rad. 65418**), por tanto, se adicionará la sentencia frente a este aspecto.

9. Corolario de todo lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de **AUTORIZAR** a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud -E.P.S.- a la que se encuentre afiliado el demandante; en lo demás se confirmará el fallo apelado. No se impondrá condena en costas en esta instancia por no aparecer causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR la sentencia de fecha 08 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 004 2016 00216 01, folio 236** promovido por **LUZ MARINA BARRETO PEREZ** contra **ARCELIO DE JESÚS SALCEDO PERALTA Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en el sentido de **AUTORIZAR** a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud -E.P.S.- a la que se encuentre afiliada la demandante.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás el fallo de primera instancia.

TERCERO. Sin Costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 003 2022 00193 01 Folio 236/2023
Aprobado por Acta No. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LISY PATRICIA RAMIREZ PORTO** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A**

I. ANTECEDENTES

1. La señora LISY PATRICIA RAMIREZ PORTO, instauró demanda en contra de COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES, a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado realizado desde el Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, solicita se declare como única afiliación válida y eficaz, la realizada ante al RPMPD, administrado por el ISS hoy por COLPENSIONES.

En igual sentido, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar todos los aportes y demás emolumentos inherentes que reposan en su cuenta de ahorro individual hacia la entidad COLPENSIONES.

De la misma manera, solicita se ordene a COLPENSIONES proceda a recibirla como afiliada sin solución de continuidad, es decir, como si nunca hubiere dejado de estar afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.

Por último, que se condene en costas gastos y agencias en derecho a las partes demandadas, igualmente ultra y extra petita.

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

- Manifiesta que nació el 19 de marzo de 1972, que fue afiliada desde el mes febrero de 1992 en el RPMPD a través del ISS hoy COLPENSIONES, en donde permaneció hasta el 25 de agosto de 1997.
- Expone que el 25 de agosto de 1997 se trasladó al RAIS a través de la sociedad COLFONDOS S.A., donde aún se encuentra afiliada y realizando cotizaciones en materia pensional.
- Dice que al momento de la vinculación en el RAIS, no se le suministró información adecuada, suficiente y cierta para realizar el traslado.
- Arguye que los asesores de Colfondos S.A., nunca le informaron documentalmente a cerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el RPMPD y hacer efectivo su traslado al RAIS.
- Aduce que cuenta con un total de 795 semanas cotizadas, conforme puede verse en la historia laboral expedida por Colfondos, el 19 de mayo de 2021.
- Menciona que los asesores de COLFONDOS, no le advirtieron respecto al monto del capital que tendría que ostentar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de poder obtener una pensión de vejez digna, tampoco le informaron acerca de la diferencia del monto de la mesada pensional entre el RPMPD Y el RAIS.
- Por último, indica que solicitó la afiliación y traslado de régimen a Colpensiones, lo que fue rechazado por Colpensiones el 16 de noviembre de 2021.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **COLFONDOS S.A**, contestó, indicando frente a los hechos que la mayoría son ciertos y los otros no le constan, no se opuso a las pretensiones, excepto a la última; pues al no haber oposición por su parte a la demanda, no puede ser condenada por ese concepto. No presentó excepciones.

Por otro lado, **COLPENSIONES**, contestó, diciendo frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constan; y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presento como excepciones de fondo las que denomino *INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FATARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE;*

PRESCRIPCION; NO TENER LA CONDICION DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, Y LA INNOMINADA O GENERICA.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora LISY PATRICIA RAMIREZ PORTO del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS S.A., el día 25 de agosto de 1997, teniendo como fecha de inicio de efectividad el 01 de octubre de 1997; como consecuencia de ello, dispuso que debe entenderse que la actora siempre estuvo vinculada al RPMPD administrado por COLPENSIONES

Declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

Así mismo, condenó a COLFONDOS, a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES.

De igual manera, condenó a COLPENSIONES a tener a la señora LISY PATRICIA RAMIREZ PORTO, como su afiliada y a recibir los aportes pensionales provenientes de COLFONDOS S.A., con los rendimientos financieros generados y bono pensional si lo hubiere a favor de la demandante.

Finalmente, condeno en costas a Colpensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, arguyó no estar conforme con que tenga que asumir las consecuencias de ineficacia del traslado deprecadas, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante al RAIS, fue de manera voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que intervinieron, y su defendida en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora, advirtiendo que debe ser la administradora de pensiones receptora del RAIS la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto o contrato de traslado y asumir el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de nulidad, es decir, debería condenarse al fondo del RAIS a otorgar los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el RPMPD, toda vez, que, como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado que administra el RAIS.

Reiteró que a la demandante, no le asiste derecho en solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad.

En cuanto a la condena en costas se opuso, dado que la entidad en el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe y tanto el ISS como Colpensiones, han sido absolutamente respetuosas en la autonomía de la voluntad privada y por lo tanto han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se efectuaron para efectos del traslado, recordó que su defendida es un tercero de buena fe, por lo que no se debe ver afectada por las resultas del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Propiciada la oportunidad para alegar de conclusión, sólo la vocera judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, hizo lo propio. Alegando escrito a través del cual discurría sobre los argumentos que esgrimió en sede de apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial de Colpensiones.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, **iii)** la prescripción y, **iv)** la condena en costas a COLPENSIONES.

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

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de*

tomar una opción que claramente le perjudica...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL - 33083 de 2011).

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa,

clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de su historia laboral que la demandante estuvo afiliado al RPMPD, desde el 06 de febrero del 1992, efectuando cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1997 y que para 25 de agosto del mismo año la demandante se afilió al RAIS, prueba que denota que efectivamente se trasladó del RPMPD al RAIS.

La entidad demandada COLFONDOS S.A., no allegó prueba alguna que demostrara el cumplimiento al deber de información, además se allanó a los hechos de la demanda y tampoco se opuso a las pretensiones de ésta. Así pues, es claro que las Administradoras de Pensiones, estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado “*voluntad de selección y afiliación*”, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una

información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

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

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde manifestó:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en

la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”.

Y posteriormente explicó:

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

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

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló la a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que realizó la actora.

IV) Condena en costas

la apoderada judicial de COLPENSIONES, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado del actor, no obstante, la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones, así pues, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume, toda vez mostró una defensa férrea en el proceso en comento.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA –**

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 003 2022 00193 01**, Folio **236-23**, promovido por **LISY PATRICIA RAMIREZ PORTO** contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

FOLIO 257-2022
EXPEDIENTE No. 2300131050052019-00248-01
Aprobado por Acta N. 70

Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala en aplicación de la ley 2213 de 2022, a resolver el recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO, WILLIAM ENRIQUE OLASCOAGA NAVAJA Y JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ** contra **FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE E.S.P- FONECA Y LA ASOCIACION DE JUBILADOS Y PENSIONADOS POR ELECTROCOSTA - ASOJUECOST.**

I. ANTECEDENTES

1. Los demandantes, instauraron demanda contra el Fondo Nacional de Pasivo Pensional y Prestacional de la Electrificadora del Caribe E.S.P- FONECA y la Asociación de Jubilados y Pensionados por Electrocosta - ASOJUECOST., con el fin de que se declare la nulidad del acta de acuerdo de fecha 23 de junio de 2006, suscrito entre Electrocosta SA y Electricaribe, y las asociaciones de pensionados de estas empresas, en las cuales está ASOJUECOST – Córdoba.

Además, piden se declare que tienen derecho a que Electricaribe SA ESP, les reconozca y pague la suma que les corresponde por concepto del reajuste de la pensión, conforme al IPC, certificado por el DANE, para los años comprendidos entre el 2006 a 2010, según lo previsto en la ley 100 de 1993, artículo 14.

También, solicitan se declare que el acuerdo de conciliación firmado con la empresa demandada, es inaplicable o ineficaz, como consecuencia de la medida solicitada.

En consecuencia, pretenden que se condene a la demandada a llevar la pensión a su valor real, a partir del 01 de enero de 2011, en adelante, y pagar las diferencias que resulten a su favor, teniendo en cuenta que estas les fue disminuida por descontarle 2 puntos del IPC, al reajuste de los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

Asimismo, piden que se condene al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, por las sumas dejadas de cancelar.

Por último, piden se condene a las costas del proceso y se falle ultra y extra petita.

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

- Manifiestan los demandantes que, prestaron sus servicios laborales a la Electrificadora de Córdoba SA, y por sustitución patronal pasaron a la Electrificadora del Caribe SA, Electricaribe SA ESP, en condición de pensionados.

- Señalan que el día 23 de junio de 2006, se suscribió un acta de acuerdo pensionados, entre Electrocosta y Electricaribe, y los representantes de las asociaciones de pensionados de estas empresas, entre los cuales está ASOJUECOST – Córdoba.

- Sostienen que, en el acta de acuerdo de pensionados está acordado un ámbito temporal que va desde el 01 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2010, en el que se prevé el disfrute anticipado del reajuste anual de pensiones, que consiste en aplicar un reajuste del IPC, menos 2 puntos para cada uno de los 5 años, entre 2006 y 2010.

- Indican que Electricaribe SA ESP, venía incrementando las pensiones de sus pensionados conforme a lo establecido en la ley, es decir, con el IPC para cada año hasta el 2005, dejando de reconocer dicho incremento a partir del año 2006.

- Expresan que el acta de acuerdo pensionados, es inconstitucional porque en él se convino una nueva manera de reajustar anualmente las pensiones, lo que, a su considerar, resulta improcedente porque está prohibido expresamente por el artículo primero del Acta Legislativo 01 de 2005, previsión que resulta ser una causal de nulidad.

Asimismo, sostienen que es ilegal, en razón a que las asociaciones de jubilados no son competentes para modificar la ley ni establecer condiciones pensionales diferentes a las establecidas en la ley.

- Argumentan que Eletricaribe SA ESP, no constituyó fideicomiso para el manejo de los recursos provenientes de los aportes que haría a las asociaciones.

- Sostienen que, por la pérdida del valor de las pensiones dejaron de recibir entre los años 2006 y 2010, suma mucho más elevada que las que recibieron de Electricaribe, supuestamente para beneficiarlos.

- Señalan que la pensión de jubilación quedó por menor valor del que realmente les corresponde, desde el inicio de término de duración o vigencia del acta de acuerdo del 23 de junio de 2006, esto es, desde el 01 de enero de 2006.

• TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, ésta se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el acuerdo suscrito tiene todo el respaldo legal y constitucional.

De igual manera, señala que el fin que persiguen los demandantes no es otro diferente a lo que la reforma constitucional quería eliminar, y era que continuaran otorgándose condiciones pensionales, así como privilegios y prerrogativas para unos pocos de la sociedad; por consiguiente, considera que es evidente la mala fe con la que actúan los demandantes, quienes se beneficiaron económicamente del pago de unas sumas de dinero y año más tarde, solicita su nulidad, cuando libre y voluntariamente, ante funcionario competente, estuvo de acuerdo en que le anticiparan incrementos pensionales que no tienen nada que ver con lo que la reforma constitucional pretendió prohibir.

Propuso como excepciones de fondo las de *prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, compensación, pago de la obligación, efectos de la nulidad restricción de las cosas a su estado anterior, cosa juzgada – Conciliación, inaplicabilidad de los intereses moratorios contemplados en la ley 100 de 1993, para pensiones de origen convencional.*

4. Por su parte, mediante auto de fecha 06 de julio de 2021, el A quo resolvió nombrar como curador ad Litem de la demandada, Asociación de Jubilados y Pensionados por Electrocosta – ASOJUECOST, al profesional del derecho Elías David Nieves Berrocal.

Además, en el mismo proveído, se aceptó una solicitud de sucesión procesal presentada por el apoderado judicial de Electricaribe S.A y de la Fiduciaria – Fiduprevisora. En consecuencia, tuvo como sucesora procesal de Electricaribe S.A., al Fondo Nacional de Pasivo Pensional y prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A., E.S.P., - FONECA.

5. A través de Curador Ad Litem, la Asociación de Jubilados y Pensionados por Electrocosta – ASOJUECOST, ejerció su derecho de defensa, manifestando atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso, siempre que los medios de prueba aportados sean válidos y se acrediten debidamente los hechos.

Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción extintiva, y la genérica*.

5. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO

Mediante proveído adiado 24 de junio de 2022, el Juez Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró, inicialmente, probada parcialmente la excepción de mérito denominada: “prescripción” formulada por la demandada FONECA – ELECTRICRIBE Y ASOJUECOST, en lo que respecta a las diferencias pensionales anteriores al 22 de julio del año 2016, y no probadas las demás excepciones propuestas.

En esa misma línea, declaró la ineficacia del acta de acuerdo de pensionados firmada entre ELECTROCOSTA – ELECTRICARIBE y las asociaciones de pensionados entre esas ASOJUECOST, obrante dentro del archivo anexos demanda a Folio 1 a 5, así como las actas de conciliación suscritas ante la Dirección territorial Córdoba del Ministerio de la Protección Social por los demandantes, obrantes a folio 12 a 24 del mismo archivo.

En consecuencia, condenó a FONECA, a pagar por conceptos reajustables pensionales debidamente indexados las siguientes sumas de dinero:

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$15.147.845
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$24.575.462
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$19.210.732

Además, sostuvo el A quo que, los mismos deberán seguir indexándose en lo sucesivo descontándole salud, descontándole lo que recibieron por concepto de bonos pagados por la entidad FONECA, si recibieron dichos bonos.

De igual manera, ordenó a FONECA, a que reconozca como valor de la pensión de los demandantes, a partir del año 2016, por los siguientes valores:

Año 2016

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA. \$1.787.739
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$2.832.752
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$382.520

Año 2017

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$1.890.534
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$2.995.636
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$405.515

Año 2018

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$1.967.857
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$3.118.157
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$421.060

Año 2019

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$2.030.435
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$3.217.315
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$434.449

Año 2020

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$2.107.592
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$3.339.573
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$450.958

Año 2021

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$2.141.524
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$3.393.340
- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$458.219

Año 2022

- WILLIAM ENRIQUE OLASCUAGA NAVAJA \$2.261.877
- JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ. \$3.584.045

- DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO \$483.971

Por último, absolvió a las accionadas de las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamentos de su decisión, inicialmente procedió a explicar que, el día 23 de junio de 2006, se expidió un acta de acuerdo de pensionados entre Electricaribe y Electrocosta, en su momento, con la ASOJUECOST, en la que se pactó entre el 2006 y 2010, un reajuste del IPC menos 2 puntos.

No obstante, para resolver el objeto de la Litis, señaló que no se puede perder de vista que el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que a partir de su vigencia no se podrían establecer pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos, acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

En tal sentido, aduce que, en el presente asunto se estableció un acuerdo, en que recibirían un beneficio consistente en un pago anticipado de dos bonos que corresponden así: (i) un bono por el importe del 75%, una mesa devengada en el primer año de aplicación, (ii) y un bono por el importe del 75% de una mesada devengada en el tercer año de aplicación.

Hechas las anteriores precisiones, recordó que el artículo 14 de la ley 100 de 1993, establece que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez o de sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, deben mantener su poder adquisitivo constante, y estas se reajustaran anualmente el 01 de enero de cada año, según la variación porcentual del IPC, certificado por el Dane, para el año inmediatamente anterior; no obstante, las pensiones cuyo monto sea igual al SMLMV, será reajustada de oficio cada vez, y en el mismo porcentaje que se incremente dicho salario por el gobierno.

Bajo ese entendido, considera que este acuerdo 23 de junio de 2006, transgrede lo dicho en el acto legislativo 01 de 2005, ya que dicho acto es claro, expreso y contundente en manifestar que, a partir de la vigencia de este acto, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, y mucho menos por el camino de los pactos, convenciones colectivas de trabajo o acuerdos, toda vez que estaría violando lo establecido en dicho acto, aunado a que el artículo 14 de la ley 100 de 1993 estableció cómo serían los reajustes pensionales, es decir, es un derecho cierto e indiscutible que no puede ser desconocido por un acuerdo, porque es la ley la que establece cuál es el reajuste.

Como soporte de sus argumentos, citó la sentencia CSJ SL1717 del 17 de mayo de 2022, para con ella referir que, la Corte al resolver un caso similar declaró la inaplicabilidad de dicho acuerdo, señalando que no es posible modificar las condiciones pensionales pactadas en convenciones colectivas de trabajo, en menoscabo de los trabajadores.

Bajo esa orbita, procedió a realizar las operaciones aritméticas, estudiando previamente la excepción de prescripción, en razón a que, la demanda fue presentada el 22 de julio de 2019, por lo que las diferencias deprecadas desde el 22 de julio de 2016, hacia atrás se encuentran prescritas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandada, Fondo Nacional de Pasivo Pensional y prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A., E.S.P., - FONECA, interpuso recurso de apelación, argumentando que los acuerdos aquí celebrados tiene todo el respaldo legal y constitucional, ya que el acuerdo celebrado se refiere a personas que ya tenían condición de pensionados, y siendo derechos adquiridos con anterioridad al acto legislativo 01 de 2005, sus condiciones pensionales eran intocables, tal como así aconteció en el presente asunto; aunado a que dicha acta de conciliación suscrita por los demandantes hace tránsito a cosa juzgada, de todo lo que se pretende en este asunto.

Asimismo, expresa que los demandantes se beneficiaron económicamente, y pretenden hoy que se declare la inaplicabilidad de un acuerdo cuando se le anticiparon beneficios pensionales que no tenían nada que ver con la reforma constitucional.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad la accionada, Fondo Nacional de Pasivo Pensional y prestacional de la Electrificadora del Caribe S.A., E.S.P., - FONECA, presentó alegatos de conclusión, expresando que se equivoca el Juez de instancia en su decisión, ya que tanto el acuerdo, como el acta de conciliación firmada por las partes en el mes de Junio de 2006, tienen todo el respaldo y constitucional, pues el acuerdo celebrado se refirió a personas que ya tenían condición de pensionados y siendo derechos adquiridos con anterioridad al Acto Legislativo No. 001 de 2005, sus condiciones pensionales eran intocables.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar también se resolverá el grado jurisdiccional de consulta, atendiendo que el Decreto 042 del 16 de enero de 2020, seña que a partir del 01 de febrero de esa anualidad la Nación asumió el pasivo pensional y prestacional de Electricaribe S.A. ESP a través del Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la citada electrificadora Foneca; por lo tanto, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS (Vid. SL3013-2021).

Problema jurídico

2. De conformidad con los argumentos esbozados por las partes, el núcleo central de la contienda se ciñe en examinar **(i)** si se debió restar los efectos al Acuerdo extra convencional celebrado el 23 de junio de 2006 por ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE con las Asociaciones de Pensionados, entre ellas ASOJUECOST, como también las respectivas actas de conciliación celebradas individualmente con los pensionados-demandantes ante el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo. De ser así, **(ii)** estudiar el retroactivo de diferencias de mesada pensional y la excepción de prescripción.

- **Inaplicación del Acuerdo extra convencional del 23 de junio de 2006, e ineficacia de las respectivas conciliaciones individuales de los demandantes.**

3. En el transcurso del proceso, la parte demandada no desconoce la conclusión del A quo, según la cual el mentado Acuerdo extra convencional del 23 de junio de 2006 suscrito entre Electrocosta S.A. E.S.P y Electricaribe S.A. E.S.P con asociaciones de pensionados, estableció incrementos de la pensiones en porcentajes inferiores al IPC, y, por ende, comporta una desmejora de las condiciones legales sobre ese particular, concretamente desmejora lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, el susodicho Acuerdo debe ser inaplicado para los demandantes, más no declararse su ineficacia erga omnes o de forma abstracta, porque ello solo podrá ser pretendido por las partes de este, y, en tratándose de sindicatos, los trabajadores individuales no llevan su representación. Ahora, es cierto que en la demanda se pidió su nulidad, pero en casos bastante similar al que aquí se desata, en el que, se repite, también ha figurado como demandada quien aquí cumple esa misma condición, la Corte ha señalado que la demanda ha de interpretarse, a fin de *«superar eventuales falencias derivadas del uso del lenguaje o de tecnicismos jurídicos»* (**Vid. Sentencia SL3933-2018, reiterada en la SL4526-2018 y SL4455-2018**), razón por la cual ha

de entenderse que lo realmente pretendido por los actores, fue la inaplicación para ellos del Acuerdo extraconvencional del 23 de junio de 2006.

En lo atinente a las conciliaciones que individualmente celebraron los demandantes con la demandada, si es de recibo que aquéllos hayan pretendido la ineficacia, porque son sujetos partes de estas.

De tal manera que cuando se desconoció por las partes la calidad de derecho cierto y se concilió el incremento pensional de los hoy demandantes, se transgredieron las prerrogativas legales que protegen los derechos laborales que tienen carácter de irrenunciables; por lo tanto, el sentenciador de primer grado no se equivocó al negar validez al acuerdo extra legal que pretendía modificar la fuente predeterminada de aumento de las mesadas.

Sobre el particular tema, la Sala de Casación laboral de la Corte, verbigracia, en sentencia CSJ SL4468-2019, indicó:

“Por último, vale subrayar que **los incrementos aludidos constituyen verdaderos derechos adquiridos** para quienes causaron sus pensiones al amparo de la convención colectiva y con anterioridad a la fecha límite de su vigencia, establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005. De esta forma, comoquiera que el derecho pensional nació a la vida jurídica el 30 de marzo de 2009, asimismo surgió el derecho accesorio a su incremento anual. Al respecto, resultan pertinentes las reflexiones contenidas en las sentencias CSJ SL15495-2017 y CSJ SL 19672, 11 feb. 2003:

[...] como ya lo ha asentado la Corte en múltiples oportunidades en que se ha debatido la aplicación d,-e una estipulación conciliatoria a espaldas de un derecho convencional in meius del cual se beneficia al trabajador, razón asiste al juzgador cuando desatiende estipulaciones plasmadas en tal clase de actos, por pretenderse con ellas la pérdida de vigencia de reajustes pensionales pactados convencionalmente, en este caso los enmarcados en la Ley 4ª de 1976, con la pretensión de optarse por los que en adelante, es decir, a partir de la data de la misma, establecen normas que regularmente se expiden cada año para aumentar la pensión de vejez.”

En conclusión, tanto el Acuerdo Extraconvencional suscrito por la demandada con las Asociaciones de pensionados, como las conciliaciones celebradas por aquélla con los demandantes, contravienen la Constitución y la Ley. Empero, respecto del primero, debió el A quo disponer su inaplicación para el caso; en tanto que, en lo concerniente a las aludidas conciliaciones, sí acertó en declarar la ineficacia.

- **retroactivo de diferencias de mesada pensional y la excepción de prescripción**

Atendiendo que, en el presente proceso también se desata el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de FONECA, es menester estudiar la excepción de prescripción, así como las diferencias pensionales por las que impuso condena el Juez de instancia.

Bajo ese entendido, inicialmente debe señalar la Sala que, la actualización monetaria del derecho pensional, por ser parte inherente e inescindible de éste, no es susceptible del fenómeno prescriptivo (**Sentencias SL4679-2016, SL4689-2014, SL3304-2014; SL, 1º mar. 2011, Rad. 46857; y, SL, 26 de Ago. de 2008, Rad. 30595**). Sin embargo, no ocurre lo mismo con las diferencias causadas de las mesadas pensionales; por tanto, atendiendo que la demanda fue presentada el día 22 de julio de 2019, las mesadas causadas con anterioridad al 22 de julio de 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, tal como lo resolvió el juez de instancia.

No obstante, al realizar las respectivas operaciones aritméticas, esta arrojó una diferencia a favor de los accionantes, frente al valor de las mesadas pensionales debidamente actualizadas en el IPC correspondiente para cada año (tabla anexa), diferencia que llevaría a incrementar el valor del retroactivo pensional causado por las diferencias.

Así las cosas, el retroactivo pensional correspondiente a las diferencias de las mesadas pensionales reconocidas hasta la fecha de la sentencia de primera instancia ascienden así: (i) William Enrique Olascoaga Navaja \$15.829.552; (ii) Juan Antonio Mercado Suarez \$24.899.174; y (iii) David José Contreras Romano \$30.720.773; valores que terminan siendo superiores a lo estimado por el A quo; sin embargo, como quiera que la parte actora no presentó inconformidad, es decir, no interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, el valor reconocido en la sentencia se mantendrá incólume.

- Liquidación **William Enrique Olascoaga Navaja**

William Enrique Olascoaga Navaja					
Periodo	I.P.C	Mesada	Mesada IPC-2%	Diferencia	Mesada A quo
2006	4,48%	1.194.623	1.171.836	22.787	
2007	5,69%	1.248.142	1.200.898	47.244	
2008	7,67%	1.319.161	1.245.211	73.950	

2009	2,00%	1.420.341	1.315.814	104.527	
2010	3,17%	1.448.748	1.315.814	132.934	
2011	3,73%	1.494.673	1.357.525	137.148	
2012	2,44%	1.550.424	1.408.161	142.263	
2013	1,94%	1.588.254	1.442.520	145.734	
2014	3,66%	1.619.066	1.470.505	148.561	
2015	6,77%	1.678.324	1.524.325	153.999	
2016	5,75%	1.791.947	1.627.522	164.425	1.787.739
2017	4,09%	1.894.984	1.721.105	173.879	1.890.534
2018	3,18%	1.972.489	1.791.498	180.991	1.967.857
2019	3,80%	2.035.214	1.848.468	186.746	2.030.435
2020	1,61%	2.112.552	1.918.710	193.842	2.107.592
2021	5,62%	2.146.564	1.949.601	196.963	2.141.524
2022	13,12%	2.267.201	2.059.169	208.032	2.261.877
2023		2.564.658	2.329.332	235.326	

William Enrique Olascoaga Navaja							
Periodo	Diferencia	Aporte salud	Ipc inicial	Ipc final	Diferencia indexada	Aporte salud indexado	Valor Reajuste
jul-16	164.425	19.731	93,02	118,70	209.818	25.178	184.640
ago-16	164.425	19.731	92,73	118,70	210.474	25.257	185.217
sep-16	164.425	19.731	92,68	118,70	210.587	25.270	185.317
oct-16	164.425	19.731	92,62	118,70	210.724	25.287	185.437
nov-16	164.425	19.731	92,73	118,70	210.474	25.257	185.217
dic-16	164.425	19.731	93,11	118,70	209.615	25.154	184.461
Adicional	164.425		93,11	118,70	209.615	-	209.615
ene-17	173.879	20.865	94,07	118,70	219.405	26.328	193.077
feb-17	173.879	20.865	95,01	118,70	217.234	26.068	191.167
mar-17	173.879	20.865	95,46	118,70	216.210	25.945	190.266
abr-17	173.879	20.865	95,91	118,70	215.196	25.823	189.373

may-17	173.879	20.865	96,12	118,70	214.726	25.766	188.959
jun-17	173.879	20.865	96,23	118,70	214.480	25.737	188.743
Adicional	173.879		96,23	118,70	214.480	-	214.480
jul-17	173.879	20.865	96,18	118,70	214.592	25.750	188.841
ago-17	173.879	20.865	96,32	118,70	214.280	25.713	188.567
sep-17	173.879	20.865	96,36	118,70	214.191	25.702	188.489
oct-17	173.879	20.865	96,37	118,70	214.169	25.700	188.469
nov-17	173.879	20.865	96,55	118,70	213.769	25.652	188.118
dic-17	173.879	20.865	96,92	118,70	212.953	25.554	187.400
Adicional	173.879		96,92	118,70	212.953	-	212.953
ene-18	180.991	21.719	97,53	118,70	220.277	26.433	193.844
feb-18	180.991	21.719	98,22	118,70	218.730	26.248	192.482
mar-18	180.991	21.719	98,45	118,70	218.219	26.186	192.032
abr-18	180.991	21.719	98,91	118,70	217.204	26.065	191.139
may-18	180.991	21.719	99,16	118,70	216.656	25.999	190.657
jun-18	180.991	21.719	99,31	118,70	216.329	25.960	190.369
Adicional	180.991		99,31	118,70	216.329	-	216.329
jul-18	180.991	21.719	99,18	118,70	216.613	25.994	190.619
ago-18	180.991	21.719	99,30	118,70	216.351	25.962	190.389
sep-18	180.991	21.719	99,47	118,70	215.981	25.918	190.063
oct-18	180.991	21.719	99,59	118,70	215.721	25.887	189.834
nov-18	180.991	21.719	99,70	118,70	215.483	25.858	189.625
dic-18	180.991	21.719	100,00	118,70	214.836	25.780	189.056
Adicional	180.991		100,00	118,70	214.836	-	214.836
ene-19	186.746	22.410	100,60	118,70	220.345	26.442	193.903
feb-19	186.746	22.410	101,18	118,70	219.082	26.290	192.792
mar-19	186.746	22.410	101,62	118,70	218.134	26.177	191.957
abr-19	186.746	22.410	102,12	118,70	217.066	26.048	191.017
may-19	186.746	22.410	102,44	118,70	216.388	25.967	190.421

jun-19	186.746	22.410	102,71	118,70	215.819	25.899	189.920
Adicional	186.746		102,71	118,70	215.819	-	215.819
jul-19	186.746	22.410	102,94	118,70	215.337	25.841	189.496
ago-19	186.746	22.410	103,03	118,70	215.149	25.818	189.330
sep-19	186.746	22.410	103,26	118,70	214.669	25.761	188.908
oct-19	186.746	22.410	103,43	118,70	214.316	25.719	188.598
nov-19	186.746	22.410	103,54	118,70	214.089	25.691	188.398
dic-19	186.746	22.410	103,80	118,70	213.553	25.627	187.926
Adicional	186.746		103,80	118,70	213.553	-	213.553
ene-20	193.842	23.261	104,24	118,70	220.731	26.488	194.244
feb-20	193.842	23.261	104,94	118,70	219.259	26.311	192.948
mar-20	193.842	23.261	105,53	118,70	218.033	26.164	191.869
abr-20	193.842	23.261	105,70	118,70	217.683	26.122	191.561
may-20	193.842	23.261	105,36	118,70	218.385	26.206	192.179
jun-20	193.842	23.261	104,97	118,70	219.196	26.304	192.893
Adicional	193.842		104,97	118,70	219.196	-	219.196
jul-20	193.842	23.261	104,97	118,70	219.196	26.304	192.893
ago-20	193.842	23.261	104,96	118,70	219.217	26.306	192.911
sep-20	193.842	23.261	105,29	118,70	218.530	26.224	192.307
oct-20	193.842	23.261	105,23	118,70	218.655	26.239	192.416
nov-20	193.842	23.261	105,08	118,70	218.967	26.276	192.691
dic-20	193.842	23.261	105,48	118,70	218.137	26.176	191.960
Adicional	193.842		105,48	118,70	218.137	-	218.137
ene-21	196.963	23.636	105,91	118,70	220.749	26.490	194.258
feb-21	196.963	23.636	106,58	118,70	219.361	26.324	193.037
mar-21	196.963	23.636	107,12	118,70	218.255	26.191	192.064
abr-21	196.963	23.636	107,76	118,70	216.959	26.036	190.923
may-21	196.963	23.636	108,84	118,70	214.806	25.777	189.029
jun-21	196.963	23.636	108,78	118,70	214.925	25.791	189.133

Adicional	196.963		108,78	118,70	214.925	-	214.925
jul-21	196.963	23.636	109,14	118,70	214.216	25.706	188.509
ago-21	196.963	23.636	109,62	118,70	213.278	25.594	187.684
sep-21	196.963	23.636	110,04	118,70	212.464	25.496	186.968
oct-21	196.963	23.636	110,06	118,70	212.425	25.491	186.934
nov-21	196.963	23.636	110,60	118,70	211.388	25.367	186.021
dic-21	196.963	23.636	111,41	118,70	209.851	25.183	184.668
Adicional	196.963		111,41	118,70	209.851	-	209.851
ene-22	208.032	24.964	113,26	118,70	218.024	26.163	191.861
feb-22	208.032	24.964	115,11	118,70	214.520	25.743	188.777
mar-22	208.032	24.964	116,26	118,70	212.398	25.488	186.910
abr-22	208.032	24.964	117,71	118,70	209.782	25.174	184.608
may-22	208.032	24.964	118,70	118,70	208.032	24.964	183.068
TOTAL	15.245.029	1.585.898	TOTAL INDEXADO		17.666.358	1.836.806	15.829.552

- Liquidación **Juan Antonio Mercado Suarez**

Juan Antonio Mercado Suarez					
Periodo	I.P.C	Mesada	Mesada IPC-2%	Diferencia	Mesada A quo
2005	4,85%	1.801.135,00			
2006	4,48%	1.888.490,00	1.852.467	36.023	
2007	5,69%	1.973.094,00	1.898.408	74.686	
2008	7,67%	2.085.363,00	1.968.459	116.904	
2009	2,00%	2.245.310,00	2.080.071	165.239	
2010	3,17%	2.290.216,00	2.080.071	210.145	
2011	3,73%	2.362.816,00	2.146.009	216.807	
2012	2,44%	2.450.949,00	2.226.055	224.894	
2013	1,94%	2.510.752,00	2.280.371	230.381	
2014	3,66%	2.559.461,00	2.324.610	234.851	
2015	6,77%	2.653.137,00	2.409.691	243.446	

2016	5,75%	2.832.754,00	2.572.827	259.927	2.832.752
2017	4,09%	2.995.637,00	2.720.765	274.872	2.995.636
2018	3,18%	3.118.159,00	2.832.044	286.115	3.118.157
2019	3,80%	3.217.316,00	2.922.103	295.213	3.217.315
2020	1,61%	3.339.574,00	3.033.143	306.431	3.339.573
2021	5,62%	3.393.341,00	3.081.977	311.364	3.393.340
2022	13,12%	3.584.047,00	3.255.184	328.863	3.584.045
2023		4.054.274,00	3.682.264	372.010	

Juan Antonio Mercado Suarez							
Periodo	Diferencia	Aporte salud	Ipc inicial	Ipc final	Diferencia indexada	Aporte salud indexado	Valor Reajuste
jul-16	259.927	31.191	93,02	118,70	331.685	39.802	291.883
ago-16	259.927	31.191	92,73	118,70	332.722	39.926	292.796
sep-16	259.927	31.191	92,68	118,70	332.902	39.948	292.954
oct-16	259.927	31.191	92,62	118,70	333.117	39.974	293.144
nov-16	259.927	31.191	92,73	118,70	332.722	39.926	292.796
dic-16	259.927	31.191	93,11	118,70	331.364	39.763	291.601
Adicional	259.927		93,11	118,70	331.364	-	331.364
ene-17	274.872	32.985	94,07	118,70	346.841	41.621	305.219
feb-17	274.872	32.985	95,01	118,70	343.409	41.210	302.200
mar-17	274.872	32.985	95,46	118,70	341.790	41.015	300.775
abr-17	274.872	32.985	95,91	118,70	340.187	40.823	299.364
may-17	274.872	32.985	96,12	118,70	339.443	40.734	298.710
jun-17	274.872	32.985	96,23	118,70	339.055	40.687	298.368
Adicional	173.879		96,23	118,70	214.480	-	214.480
jul-17	274.872	32.985	96,18	118,70	339.232	40.708	298.523
ago-17	274.872	32.985	96,32	118,70	338.739	40.649	298.090
sep-17	274.872	32.985	96,36	118,70	338.598	40.632	297.966
oct-17	274.872	32.985	96,37	118,70	338.563	40.628	297.935

nov-17	274.872	32.985	96,55	118,70	337.932	40.552	297.379
dic-17	274.872	32.985	96,92	118,70	336.642	40.397	296.244
Adicional	274.872		96,92	118,70	336.642	-	336.642
ene-18	286.115	34.334	97,53	118,70	348.220	41.787	306.433
feb-18	286.115	34.334	98,22	118,70	345.773	41.493	304.280
mar-18	286.115	34.334	98,45	118,70	344.965	41.396	303.569
abr-18	286.115	34.334	98,91	118,70	343.361	41.204	302.158
may-18	286.115	34.334	99,16	118,70	342.495	41.100	301.396
jun-18	286.115	34.334	99,31	118,70	341.978	41.038	300.941
Adicional	286.115		99,31	118,70	341.978	-	341.978
jul-18	286.115	34.334	99,18	118,70	342.426	41.091	301.335
ago-18	286.115	34.334	99,30	118,70	342.013	41.042	300.971
sep-18	286.115	34.334	99,47	118,70	341.428	40.972	300.456
oct-18	286.115	34.334	99,59	118,70	341.017	40.922	300.094
nov-18	286.115	34.334	99,70	118,70	340.640	40.877	299.763
dic-18	286.115	34.334	100,00	118,70	339.619	40.754	298.864
Adicional	286.115		100,00	118,70	339.619	-	339.619
ene-19	295.213	35.426	100,60	118,70	348.328	41.800	306.528
feb-19	295.213	35.426	101,18	118,70	346.331	41.560	304.771
mar-19	295.213	35.426	101,62	118,70	344.832	41.380	303.451
abr-19	295.213	35.426	102,12	118,70	343.143	41.178	301.966
may-19	295.213	35.426	102,44	118,70	342.071	41.049	301.022
jun-19	295.213	35.426	102,71	118,70	341.172	40.941	300.231
Adicional	295.213		102,71	118,70	341.172	-	341.172
jul-19	295.213	35.426	102,94	118,70	340.410	40.850	299.560
ago-19	295.213	35.426	103,03	118,70	340.112	40.814	299.298
sep-19	295.213	35.426	103,26	118,70	339.355	40.723	298.632
oct-19	295.213	35.426	103,43	118,70	338.797	40.656	298.141
nov-19	295.213	35.426	103,54	118,70	338.437	40.613	297.824

dic-19	295.213	35.426	103,80	118,70	337.589	40.511	297.078
Adicional	295.213		103,80	118,70	337.589	-	337.589
ene-20	306.431	36.772	104,24	118,70	348.939	41.873	307.066
feb-20	306.431	36.772	104,94	118,70	346.611	41.594	305.017
mar-20	306.431	36.772	105,53	118,70	344.673	41.361	303.312
abr-20	306.431	36.772	105,70	118,70	344.119	41.295	302.824
may-20	306.431	36.772	105,36	118,70	345.229	41.428	303.801
jun-20	306.431	36.772	104,97	118,70	346.512	41.582	304.930
Adicional	306.431		104,97	118,70	346.512	-	346.512
jul-20	306.431	36.772	104,97	118,70	346.512	41.582	304.930
ago-20	306.431	36.772	104,96	118,70	346.545	41.586	304.959
sep-20	306.431	36.772	105,29	118,70	345.459	41.455	304.003
oct-20	306.431	36.772	105,23	118,70	345.656	41.479	304.177
nov-20	306.431	36.772	105,08	118,70	346.149	41.538	304.611
dic-20	306.431	36.772	105,48	118,70	344.837	41.381	303.456
Adicional	306.431		105,48	118,70	344.837	-	344.837
ene-21	311.364	37.364	105,91	118,70	348.965	41.876	307.089
feb-21	311.364	37.364	106,58	118,70	346.772	41.613	305.159
mar-21	311.364	37.364	107,12	118,70	345.023	41.403	303.620
abr-21	311.364	37.364	107,76	118,70	342.974	41.157	301.817
may-21	311.364	37.364	108,84	118,70	339.571	40.749	298.822
jun-21	311.364	37.364	108,78	118,70	339.758	40.771	298.987
Adicional	311.364		108,78	118,70	339.758	-	339.758
jul-21	311.364	37.364	109,14	118,70	338.638	40.637	298.001
ago-21	311.364	37.364	109,62	118,70	337.155	40.459	296.696
sep-21	311.364	37.364	110,04	118,70	335.868	40.304	295.563
oct-21	311.364	37.364	110,06	118,70	335.807	40.297	295.510
nov-21	311.364	37.364	110,60	118,70	334.167	40.100	294.067
dic-21	311.364	37.364	111,41	118,70	331.738	39.809	291.929

Adicional	311.364		111,41	118,70	331.738	-	331.738
ene-22	328.863	39.464	113,26	118,70	344.659	41.359	303.299
feb-22	328.863	39.464	115,11	118,70	339.119	40.695	298.425
mar-22	328.863	39.464	116,26	118,70	335.765	40.292	295.473
abr-22	328.863	39.464	117,71	118,70	331.629	39.796	291.833
may-22	328.863	39.464	118,70	118,70	328.863	39.464	289.399
TOTAL	23.998.741	2.507.038	TOTAL INDEXADO		27.802.857	2.903.683	24.899.174

- Liquidación **David José Contreras Romano**

David José Contreras Romano								
Periodo	I.P.C	Mesada	Mesada Colpensiones	Mesada IPC-2%	Diferencia	Mesada asumida electrica	diferencia Mesada Vs mesada colpensiones	Valor Faltante
2005	4,85%	2.211.173						
2006	4,48%	2.318.415		2.274.191	44.224			
2007	5,69%	2.422.280		2.330.591	91.689			
2008	7,67%	2.560.108	2.255.153	2.416.590	143.518	161.437	304.955	143.518
2009	2,00%	2.756.468	2.428.123	2.553.611	202.857	125.488	328.345	202.857
2010	3,17%	2.811.597	2.476.685	2.553.611	257.986	76.926	334.912	257.986
2011	3,73%	2.900.725	2.555.196	2.634.560	266.165	79.364	345.529	266.165
2012	2,44%	3.008.922	2.650.505	2.732.829	276.093	82.324	358.417	276.093
2013	1,94%	3.082.340	2.715.177	2.799.510	282.830	84.333	367.163	282.830
2014	3,66%	3.142.137	2.767.851	2.853.820	288.317	85.969	374.286	288.317

2015	6,77%	3.257.139	2.869.154	2.958.270	298.869	89.116	387.985	298.869
2016	5,75%	3.477.647	3.063.396	3.158.545	319.102	95.149	414.251	319.102
2017	4,09%	3.677.612	3.239.541	3.340.161	337.451	100.620	438.071	337.451
2018	3,18%	3.828.026	3.372.038	3.476.774	351.252	104.736	455.988	351.252
2019	3,80%	3.949.757	3.479.269	3.587.335	362.422	108.066	470.488	362.422
2020	1,61%	4.099.848	3.611.481	3.723.654	376.194	112.173	488.367	376.194
2021	5,62%	4.165.856	3.669.626	3.783.605	382.251	113.979	496.230	382.251
2022	13,12%	4.399.977	3.875.859	3.996.244	403.733	120.385	524.118	403.733
2023		4.977.254	4.384.372	4.520.551	456.703	136.179	592.882	456.703

David José Contreras Romano							
Periodo	Diferencia	Aporte salud	Ipc inicial	Ipc final	Diferencia indexada	Aporte salud indexado	Valor Reajuste
jul-16	319.102	38.292	93,02	118,70	407.196	48.863	358.333
ago-16	319.102	38.292	92,73	118,70	408.470	49.016	359.454
sep-16	319.102	38.292	92,68	118,70	408.690	49.043	359.648
oct-16	319.102	38.292	92,62	118,70	408.955	49.074	359.881
nov-16	319.102	38.292	92,73	118,70	408.470	49.016	359.454
dic-16	319.102	38.292	93,11	118,70	406.803	48.816	357.987
Adicional	319.102		93,11	118,70	406.803	-	406.803
ene-17	337.451	40.494	94,07	118,70	425.805	51.096	374.708
feb-17	337.451	40.494	95,01	118,70	421.592	50.591	371.001
mar-17	337.451	40.494	95,46	118,70	419.604	50.352	369.252
abr-17	337.451	40.494	95,91	118,70	417.636	50.116	367.520
may-17	337.451	40.494	96,12	118,70	416.723	50.007	366.717

jun-17	337.451	40.494	96,23	118,70	416.247	49.949	366.297
Adicional	337.451		96,23	118,70	416.247	-	416.247
jul-17	337.451	40.494	96,18	118,70	416.463	49.975	366.488
ago-17	337.451	40.494	96,32	118,70	415.858	49.903	365.955
sep-17	337.451	40.494	96,36	118,70	415.685	49.882	365.803
oct-17	337.451	40.494	96,37	118,70	415.642	49.877	365.765
nov-17	337.451	40.494	96,55	118,70	414.867	49.784	365.083
dic-17	337.451	40.494	96,92	118,70	413.283	49.594	363.690
Adicional	337.451		96,92	118,70	413.283	-	413.283
ene-18	351.252	42.150	97,53	118,70	427.495	51.299	376.196
feb-18	351.252	42.150	98,22	118,70	424.492	50.939	373.553
mar-18	351.252	42.150	98,45	118,70	423.500	50.820	372.681
abr-18	351.252	42.150	98,91	118,70	421.531	50.583	370.947
may-18	351.252	42.150	99,16	118,70	420.468	50.456	370.012
jun-18	351.252	42.150	99,31	118,70	419.833	50.380	369.453
Adicional	351.252		99,31	118,70	419.833	-	419.833
jul-18	351.252	42.150	99,18	118,70	420.383	50.446	369.938
ago-18	351.252	42.150	99,30	118,70	419.875	50.385	369.491
sep-18	351.252	42.150	99,47	118,70	419.158	50.299	368.859
oct-18	351.252	42.150	99,59	118,70	418.653	50.238	368.415
nov-18	351.252	42.150	99,70	118,70	418.191	50.183	368.008
dic-18	351.252	42.150	100,00	118,70	416.936	50.032	366.904
Adicional	351.252		100,00	118,70	416.936	-	416.936
ene-19	362.422	43.491	100,60	118,70	427.629	51.316	376.313
feb-19	362.422	43.491	101,18	118,70	425.178	51.022	374.156
mar-19	362.422	43.491	101,62	118,70	423.337	50.801	372.536
abr-19	362.422	43.491	102,12	118,70	421.264	50.552	370.712
may-19	362.422	43.491	102,44	118,70	419.948	50.394	369.554
jun-19	362.422	43.491	102,71	118,70	418.844	50.262	368.583

			102,71	118,70			
Adicional	362.422				418.844	-	418.844
jul-19	362.422	43.491	102,94	118,70	417.908	50.149	367.759
ago-19	362.422	43.491	103,03	118,70	417.543	50.106	367.438
sep-19	362.422	43.491	103,26	118,70	416.613	49.994	366.619
oct-19	362.422	43.491	103,43	118,70	415.929	49.912	366.017
nov-19	362.422	43.491	103,54	118,70	415.487	49.859	365.628
dic-19	362.422	43.491	103,80	118,70	414.446	49.734	364.712
Adicional	362.422		103,80	118,70	414.446	-	414.446
ene-20	376.194	45.143	104,24	118,70	428.379	51.405	376.974
feb-20	376.194	45.143	104,94	118,70	425.522	51.062	374.459
mar-20	376.194	45.143	105,53	118,70	423.142	50.777	372.366
abr-20	376.194	45.143	105,70	118,70	422.462	50.695	371.767
may-20	376.194	45.143	105,36	118,70	423.825	50.859	372.967
jun-20	376.194	45.143	104,97	118,70	425.400	51.048	374.352
Adicional	376.194		104,97	118,70	425.400	-	425.400
jul-20	376.194	45.143	104,97	118,70	425.400	51.048	374.352
ago-20	376.194	45.143	104,96	118,70	425.440	51.053	374.388
sep-20	376.194	45.143	105,29	118,70	424.107	50.893	373.214
oct-20	376.194	45.143	105,23	118,70	424.349	50.922	373.427
nov-20	376.194	45.143	105,08	118,70	424.955	50.994	373.960
dic-20	376.194	45.143	105,48	118,70	423.343	50.801	372.542
Adicional	376.194		105,48	118,70	423.343	-	423.343
ene-21	382.251	45.870	105,91	118,70	428.413	51.409	377.003
feb-21	382.251	45.870	106,58	118,70	425.720	51.086	374.633
mar-21	382.251	45.870	107,12	118,70	423.574	50.829	372.745
abr-21	382.251	45.870	107,76	118,70	421.058	50.527	370.531
may-21	382.251	45.870	108,84	118,70	416.880	50.025	366.854
jun-21	382.251	45.870	108,78	118,70	417.110	50.053	367.057
Adicional	382.251		108,78	118,70	417.110	-	417.110

jul-21	382.251	45.870	109,14	118,70	415.734	49.888	365.846
ago-21	382.251	45.870	109,62	118,70	413.913	49.669	364.244
sep-21	382.251	45.870	110,04	118,70	412.334	49.480	362.854
oct-21	382.251	45.870	110,06	118,70	412.259	49.471	362.788
nov-21	382.251	45.870	110,60	118,70	410.246	49.229	361.016
dic-21	382.251	45.870	111,41	118,70	407.263	48.871	358.392
Adicional	382.251		111,41	118,70	407.263	-	407.263
ene-22	403.733	48.448	113,26	118,70	423.125	50.775	372.350
feb-22	403.733	48.448	115,11	118,70	416.324	49.959	366.365
mar-22	403.733	48.448	116,26	118,70	412.206	49.465	362.742
abr-22	403.733	48.448	117,71	118,70	407.129	48.855	358.273
may-22	403.733	48.448	118,70	118,70	403.733	48.448	355.285
TOTAL	29.586.359	3.077.768	TOTAL INDEXADO		34.285.483	3.564.710	30.720.773

9. corolario de todo lo anterior, se modificará el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido que, no es la ineficacia, sino la inaplicación la que se declara del Acta de Acuerdo de Pensionados del 23 de junio de 2006, obrante dentro del archivo anexos demanda a Folio 1 a 5, suscrito por ELECTRICARIBE - ELECTROCOSTA y las asociaciones de pensionados. En lo demás se ha de confirmar el fallo apelado. No se impondrá condena en costas en esta instancia por no haber replica por parte de los accionantes.

V. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia calendada 24 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-**

005-2019-00248-01 Folio 257 -2022, promovido por **DAVID JOSE CONTRERAS ROMANO, WILLIAM ENRIQUE OLASCOAGA NAVAJA Y JUAN ANTONIO MERCADO SUAREZ** contra **FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE E.S.P- FONECA Y LA ASOCIACION DE JUBILADOS Y PENSIONADOS POR ELECTROCOSTA - ASOJUECOST**, en el sentido que, no es la ineficacia, sino la inaplicación la que se declara del Acta de Acuerdo de Pensionados del 23 de junio de 2006, obrante dentro del archivo anexos demanda a Folio 1 a 5, suscrito por ELECTRICARIBE - ELECTROCOSTA y las asociaciones de pensionados.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

FOLIO 258-2022

Expediente No. 2346631890012019-00131-01 Folio 258-22

Aprobado por Acta No. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023).**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a desatar la apelación formulada contra de la sentencia dictada el 28 de abril de 2022, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso Ordinario Laboral, promovido por **ALIX MARIA OVIEDO OVIEDO** contra **CRECER Y SONREÍR IPS UNIDAD INTEGRAL DE REHABILITACIÓN S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

1. La señora Alix María Oviedo Oviedo, inició juicio ordinario laboral en contra de Crecer y Sonreír IPS Unidad Integral de Rehabilitación S.A.S., a fin de que *"este obligado inmediatamente o en el término que el Juzgado le fije, realizar el pago de SETENTA MILONES DE PESOS (\$21.597.440) MLC por concepto de salarios adeudados. (sic)"* de los años 2015, 2016 y 2017.

Que se le ordene a la empresa demandada el pago de las prestaciones sociales adeudadas causadas durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017, por concepto de primas de servicios, interés de cesantías, cesantías y vacaciones, en un valor de \$10.700.285.

Así mismo, solicita el pago por concepto de indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, por no cancelar a la terminación del contrato los salarios y prestaciones de ley, condena que debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago, y que inicialmente se liquida hasta 24 meses por un valor de \$73.000.000, excediendo el tiempo que estipula la norma y con un total hasta la fecha, de 1554 días de mora.

Consecutivamente, reconocer, liquidar y pagarle con carácter retroactivo el monto económico contemplado en el punto anterior, así como los intereses que se llegaren a causar.

Y, por último, pidió que, se condene el pago de indexación de las sumas que se llegasen a conceder, y al pago en costas del proceso y agencias en derecho.

De otro lado, de manera subsidiaria, solicitó que en caso de fracasar la declaratoria de existencia de un contrato realidad, se declare que *"como consecuencia de la declaración 01, 03 y 04 de la demanda, el demandado, debe pagar... la indemnización moratoria causada hasta la fecha según 65 Del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Y el capital base adeudado por concepto de no pago de salarios."*

Se declare que entre ella y la demandada existió una relación laboral mediante contrato de trabajo desde marzo de 2015 hasta octubre de 2017, y se declaren a su favor el pago de las acreencias laborales solicitadas en las pretensiones principales y la sanción moratoria por el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales.

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

- Indica que, ella y la demandada el 01 de mayo de 2014, suscribieron un contrato de trabajo a través del cual se le vinculaba para desempeñar el oficio de Auxiliar Contable, desempeñando funciones como administrar el fondo de caja menor, recepcionar, organizar, direccionar y archivar toda la correspondencia, elaborar consignaciones a proveedores, elaborar cheques a proveedores, transcribir comprobantes de egreso cheques, efectivo consignaciones en el software de contabilidad, transcribir cartas, comunicados, actas; hacer liquidación y pago de seguridad social y participar en los comités.
- Afirma que como salario se pactó la suma de \$1.000.000, mensualmente, cantidad que se mantuvo constante desde el 01 de mayo de 2014 prorrogable hasta el 02 de marzo de 2015, fecha en la que se modificó el contrato a término fijo a contrato de prestación de servicios, con las mismas funciones y la misma subordinación de un contrato de trabajo, desmejorando salario y prestaciones de ley.
- Manifiesta que laboró hasta mediados del mes de octubre de 2017, teniendo en cuenta la licencia de maternidad que tenía por un periodo contado a partir del 10 de mayo de 2017 fecha en la que tuvo el parto, encontrándose vigente el vínculo laboral.
- Aduce que la relación contractual se mantuvo por un termino de 3 años y 7 meses contados a partir del 01 de mayo de 2014 hasta que con fecha 30 de octubre de 2017, la demandada decidió dar por terminado el vínculo de manera unilateral, aduciendo justa causa, por terminación del contrato de trabajo referido.
- Informa que en el transcurso del tiempo que laboró para la demandada no recibió pago por concepto salarial en los siguientes periodos: abril, mayo, junio, julio, y agosto del año 2015, para les meses de octubre, noviembre y

diciembre de 2016, y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2017.

- Así mismo, manifiesta que no le fueron pagados los aportes a seguridad social en el tiempo que laboro mediante contrato a término fijo, prorrogable mediante contratos de prestación de servicios ejerciendo las mismas funciones y desempeñando las mismas labores, dándole continuidad a su contrato inicial.
- Explica que se le adeudan los pagos de liquidación de prestaciones sociales del tiempo que laboro a partir del 01 de mayo de 2014 hasta la fecha de terminación de contratos.
- Finalmente, declara que, a falta de pago por parte de la accionada, presentó mediante escrito de Reclamación Administrativa-Solicitud Pago de Acreencias Laborales de fecha de 03 de mayo de 2017, ante la demandada con el fin de que le fuesen cancelados los salarios adeudados, pero no recibió solución alguna por lo que citó a conciliación el 18 de febrero de 2019 a la doctora Yolima del Carmen Rangel Yáñez, gerente y representante legal de la empresa, por concepto de pago de acreencias laborales adeudadas, pero esta manifestó que le es imposible cancelar dejándola en libertad para acudir al aparato jurisdiccional por vía ordinaria.

Tramite y contestación

2. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la accionada, LABORATORIO CLINICO LABVY SAS, a través de Curador Ad Litem, éste no contestó la demanda.
3. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. SENTENCIA APELADA

1. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dictó sentencia el 28 de abril de 2022, en el que resolvió absolver a la sociedad CRECER Y SONREIR IPS UNIDADINTEGRAL DE REHABILITACIÓN S.A.S., de las pretensiones invocadas en la demanda.

En respaldo de tal directriz, se argumentó por el funcionario judicial de primer grado que de acuerdo al fundamento normativo de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, así mismo, la sentencia SL939-2018, y al examinar las pruebas obrantes en el expediente, advierte que estas no son suficientes para demostrar en debida forma la prestación personal del servicio por parte de la Sra. Alix María Oviedo Oviedo en los términos expuestos, al sostener que no se establece de manera clara e inequívoca que los contratos de prestación de servicio suscritos

no constituyen el acuerdo y la naturaleza eminentemente civil consignados en ellos, no existiendo precisión con respecto a los supuestos extremos laborales alegados por la parte demandante, ni tampoco fue demostrado con pruebas pertinentes y conducentes, que sobre la parte demandada existiera la obligación de asumir los pagos respectivos por supuestamente haberse sustraído de sus deberes como patrono.

Advirtió que le resulta imposible establecer con los elementos materiales probatorios traídos al proceso que el demandante se le adeudan los pagos por concepto de honorarios y que los mismos se encuentran en cabeza de la parte demandada, por ende, se absolverá a la accionada de todas las prestaciones de la demanda sin costa en esta instancia.

Concluyó que, no obstante, la demandada no contestara la demanda, ni compareció en debida forma al proceso, reiteró que los elementos probatorios no alcanzan a desvirtuar la inexistencia o la falta de pruebas, respecto a la existencia de una relación laboral.

III. RECUSO DE APELACION

El apoderado judicial de la demandante, presentó recurso de apelación, respecto a las pruebas documentales presentadas dentro del proceso, así como las razones de derecho, si son conducentes y pertinentes, y, por lo tanto, suficientes para proferir sentencia a favor de la accionante en relación a los derechos solicitados, como lo es pago de indemnización moratoria, y pago de salarios y prestaciones sociales.

Así mismo, considera que no se estudió a profundidad el tema del fuero de maternidad que tenía la demandante al momento de la terminación del contrato.

Infiriendo así, que, si existen pruebas suficientes para determinar la existencia laboral entre las partes, puesto que existió subordinación, prestación personal del servicio y la remuneración, requisitos necesarios para fallar a favor de la solicitante.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

En esta oportunidad las partes guardaron silencio, sin presentar alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

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

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **(i)** si entre las partes realmente existió un contrato de trabajo en los extremos temporales señalados en la demanda; en caso afirmativo **(ii)** estudiar las acreencias laborales pretendidas con la demanda.

Lo primero que ha de indicar la Sala, es que no se harán disertaciones con respecto a lo expresado por el apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación, en cuanto al fuero de maternidad, pues del libelo genitor no se observa que se haya dirigido pretensión alguna sobre dicho tema, por lo que no podría esta judicatura entrar a decidir sobre ello en esta instancia.

Ahora bien, se discute la existencia de un contrato de trabajo resulta necesario darle aplicación a los artículos 22 y 23 del C.S.T., los cuales definen y establecen los elementos esenciales del contrato de trabajo como son: **(i)** La actividad personal del trabajador, **(ii)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **(iii)** Un salario como retribución del servicio; determinando que una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., señala que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Y jurisprudencialmente tiene sentado la Corte en su Sala de Casación Laboral que, para que esta presunción se active le corresponde al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para así predicar la existencia de una relación de trabajo.

Aunado a ello, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por la terminación del vínculo, entre otros **(sentencia SL-16110, 4 nov. 2015, rad. 43377)**.

No obstante, procederá la Sala a auscultar los elementos de prueba aportados y debidamente practicados en el proceso, que, sea de paso decir, solo fueron las documentales allegadas con la demanda, a fin de determinar si se encuentra acreditada la relación laboral entre las partes dentro del interregno pretendido.

Así las cosas, una vez examinada la prueba documental obrante en el plenario, encuentra la Sala del expediente digital de primera instancia, (en el archivo 01 Demanda), contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, correspondiente al periodo del 1 de mayo de 2014 hasta el 31 de julio de 2014, seguidamente se observan sendos contratos de prestación de servicios, el primero con fecha de inicio 02 de marzo de 2015 hasta el 02 de mayo de 2015, el segundo desde el 1 de febrero de 2016 al 31 de marzo de 2016, el tercero del 01 de julio de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2016, también se encuentran ordenes de prestación de servicios para los meses de abril, mayo y junio de 2016, donde entre otros contratistas, se relaciona a la señora Alix María Oviedo Oviedo, como auxiliar

contable, así mismo, se advierte contrato de prestación de servicios desde el 1 de octubre de 2016 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Del mismo modo, obra en el expediente cuenta de cobro por parte de la señora Alix María Oviedo Oviedo, dirigido a Crecer y Sonreír IPS Unidad Integral de Rehabilitación S.A.S, por concepto de servicios prestados como auxiliar contable durante los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto del año 2015, octubre, noviembre y diciembre de 2016; consecutivamente, reclamación administrativa - solicitud de pago de acreencias laborales de fecha de 03 de mayo de 2017, y cobro pre – jurídico solicitud de conciliación extrajudicial en derecho del 18 de marzo de 2019.

De otro lado, también aportó la actora, valoración de recién nacido "*hijo de Oviedo Oviedo Alix María*", historia clínica materno perinatal, de fecha 10 de mayo de 2017, y epicrisis de egreso del 11 de mayo de 2017, todas emitidas por la Clínica Regional Del San Jorge I.P.S. S.A.

Lo anterior permite a la Sala concluir sin dubitación alguna que, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio de la accionante a favor de la sociedad Crecer y Sonreír IPS Unidad Integral de Rehabilitación SAS, pero durante 3 contratos de trabajo así, el primero desde el 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014, el segundo del 02 de marzo de 2015 al 02 de mayo de 2015 y el tercero del 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016.

En ese orden de ideas, conforme a los derroteros enmarcados en el artículo 24 del CST, toda prestación personal del servicio presume la existencia de una relación laboral, correspondiéndole al empleador derruir tal presunción probando que dicho servicio no fue subordinado, ejecutado de manera autónoma e independiente; sin embargo, no obra prueba alguna en el proceso que lleve a inferir lo anterior, pues, recuérdese que la parte accionada no acudió al proceso, lo que le impidió decretarse y practicarse pruebas a su favor; aunado a que dicha presunción no se desvirtúa con los mismos contratos escritos de prestación de servicios **(SL21923-2017)**.

Ahora bien, llega la sala a la conclusión de que existieron 3 contratos de trabajo y no una sola relación laboral, por cuanto entre el 31 de julio de 2014, fecha de terminación del primer contrato y el 02 de marzo de 2015, fecha de inicio del segundo contrato, existe un interregno de tiempo de más de 7 meses, donde no existe prueba alguna que acredite la prestación del servicio de la actora a favor de la demandada, situación que se reitera desde el 02 de mayo de 2015 hasta el 01 de febrero de 2016, habiendo transcurrido más de 8 meses, es decir, que entre unos y otros contratos transcurrió más de 30 días, no existiendo unicidad de la relación laboral, por lo que, se estima necesario traer a colación lo dicho por la H. CSJ, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015, cuando respecto a la interrupción de los contratos dijo:

*[...] esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas **por interregnos superiores a un mes**, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que,*

además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

En este orden de ideas, no está demostrado que entre las partes se dio una única relación laboral, pues con las pruebas documentales aportadas no se logró probar ello, ahora en las pretensiones de la demanda se pidió la declaración y existencia de un solo contrato de trabajo, cuando, como quedó dicho, son tres, entonces lo procedente en este caso no es negar las condenas consecuenciales, pero tampoco conceder la de todos los contratos, sino, como reiteradamente lo ha venido señalando la Corte (Vid. Sentencias **SL983-2018**, **SL 691-2013**, SL, 19 de oct. 2006, rad. 27371 y SL, 2 de mar. 2006, rad. 26707), es la de examinar las condenas pedidas en la demanda solo respecto del último contrato.

Por ejemplo, en la **SL1091-2018**, dijo:

“Sin embargo, será con base en la última relación demostrada, que se deberá examinar cada una de las súplicas demandadas y si es del caso estimar las condenas, dado que en la demanda inicial se pidió declarar la existencia de un solo contrato de trabajo y no de varios”.

Así las cosas, como las condenas se deben examinar solo con respecto al último contrato, esto es, del 01 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016, se pasará a determinar las prestaciones laborales solicitadas, advirtiéndose que de los salarios a tener en cuenta serán los determinados en los contratos y ordenes de prestación de servicios.

- **Salarios adeudados**

Manifiesta la parte demandante que le son adeudados los salarios de los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2016, los cuales corresponden a la suma de \$3.600.000. Al respecto, encuentra la Sala que brilla por su ausencia en el plenario prueba alguna que acredite el pago de los salarios deprecados por la accionante, y, por tanto, se condenará al pago de la suma de \$3.600.000, por concepto de salarios adeudados.

- **Liquidación de prestaciones**

La accionante solicitó que le sean reconocidos los rubros correspondientes a: Cesantías, Intereses a las Cesantías, Primas de servicio y Vacaciones, de las cuales, se itera no existe prueba en el expediente que dé cuenta que hayan sido cancelados, por lo que se accederá a ellas, así luego de realizar las correspondientes operaciones aritméticas estas arrojan el siguiente resultado:

CESANTÍAS					INTERESES SOBRE CESANTÍAS
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR CESANTÍAS POR PERÍODO	VALOR
1/02/2016	31/12/2016	1.000.000	330	916.667	100.833
TOTAL				916.667	100.833

PRIMAS DE SERVICIOS				
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR
1/02/2016	30/06/2016	1.000.000	150	416.667
1/07/2016	31/12/2016	1.000.000	180	500.000
TOTAL				916.667

VACACIONES				
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR
1/02/2016	31/12/2016	1.000.000	330	458.333
TOTAL				458.333

- **De la indemnización moratoria del artículo 65 del CST**

4. Con relación a esta tónica, debe recordar la Sala que, en tratándose de las sanciones moratorias, bien sea la consagrada en el canon 65 del CST, o la estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no operan de forma automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo (**Sentencia SL-4566 de 2019; SL-8216 de 2016, Rad. 47048; Sentencia SL-1928 de 2018, y recientemente SL446 -2020**).

Ahora bien, en cuanto a su imposición, este Tribunal ha establecido, a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, acordando que, cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal del servicio, sin que exista prueba de que la demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque, la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de mala fe por parte de la demandada (**SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**) por tanto, como quiera que en el presente proceso la declaración del contrato de trabajo

se hace exclusivamente con base a la presunción que consagra el artículo 24 del CST, no se impondrá condena por este concepto.

Corolario de lo anterior, se revocará sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la existencia de 3 contratos de trabajo así, el primero desde el 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014, el segundo del 02 de marzo de 2015 al 02 de mayo de 2015 y el tercero del 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016; en consecuencia, y conforme a lo expuesto ut supra se condenará a la accionada a pagar a favor de la incoante los siguientes rubros: salario insoluto \$3.600.000; Cesantías \$916.667, Intereses a las Cesantías \$100.833, Primas de servicio \$916.667, y Vacaciones \$458.333.

De otra parte, se negarán las demás pretensiones de la demanda. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte accionada y a favor de la actora; en esta instancia no se causaron, pues no hubo réplica por parte del demandante.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 28 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso Ordinario Laboral, Radicado bajo el N° **23-466-31-89-001-2019-00131-01 Folio 258 - 2022**, promovido por **ALIX MARÍA OVIEDO OVIEDO**, contra **CRECER Y SONREIR IPS UNIDAD DE INTEGRAL DE REHABILITACIÓN S. A. S.**

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de 3 contratos de trabajo así, el primero desde el 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014, el segundo del 02 de marzo de 2015 al 02 de mayo de 2015 y el tercero del 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada **CRECER Y SONREIR IPS UNIDAD DE INTEGRAL DE REHABILITACIÓN S. A. S.**, a pagar a favor de la señora ALIX MARÍA OVIEDO OVIEDO, las siguientes acreencias laborales:

- Para el año 2016

- (i) Salarios adeudados \$ 3.600.000
- (ii) Cesantías: \$916.667
- (iii) Intereses a las cesantías: \$100.833,
- (iv) Primas de servicio: \$916.667
- (v) Vacaciones: \$458.333.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

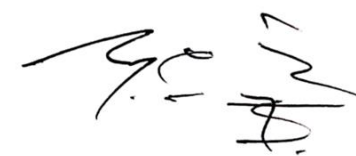
CUARTO. COSTAS de primera instancia a cargo de la parte accionada y a favor de la demandante. En esta instancia no se causaron.

QUINTO. Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

FOLIO 265-2022
Expediente No. 230013105003-2019-00309-01
Aprobado por Acta No. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de agosto del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación contra la sentencia adiada 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA Y PROCULO RAFAEL ESCOBAR MARTINEZ** contra **CONFONDOS SA, Y SEGUROS BOLIVAR S.A., Y SARA EDITH CONDE HORTA**.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Los demandantes llamaron a juicio a Colfondos SA, con el fin de que se les reconozca y pague una pensión de sobrevivientes, en condición padres de su fallecido hijo, Luis David Escobar Correa, partir del 19 de enero de 2018, de quien aluden eran dependientes. Igualmente deprecia se condene a la enjuiciada al pago de los intereses consignados en el canon 141 de la Ley 100 de 1993, respecto de cada una de las mesadas pensionales a las que haya lugar. Así como la indexación de las condenas, lo probado ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

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

- Manifiestan los demandantes que, su finado hijo, Luis David Escobar Correa, falleció el día 19 de enero de 2018.
- Aseguran que, Luis David Escobar Correa estuvo afiliado al RAIS, donde alcanzó a cotizar un total de 1.318 días equivalente a 188,29 semanas cotizadas.
- Sostienen que, dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de la muerte reunió más de las 50 semanas exigidas.
- El causante nunca contrajo matrimonio ni convivió en unión libre con alguien y tampoco tuvo hijos hasta el día de su muerte.
- Expresan que, convivieron junto con su hijo, Luis David Escobar Correa, desde su nacimiento hasta el año 2013, cuando se fue a trabajar a Bogotá, bajo el mismo techo.

- Manifiestan que, el joven Luis David Escobar Correa, desde que inició su vida laboral en año 2011 siempre los estuvo apoyando económicamente, cubriendo parte de los gastos de alimentación, algunos servicios públicos y demás necesidades del hogar.
- Relatan los demandantes que presentaron ante Colfondos S.A., solicitud de pensión de sobrevivientes, calidad de madre y padre supérstites, dependientes económicamente del finado, Luis David Escobar Correa; sin embargo, esta se despachó desfavorablemente bajo el argumento de no depender económicamente del causante.
- Los Argumentan que, la señora Sara Edith Conde Horta, no convivió con el causante Luis David Escobar Correa, durante los últimos 5 años anteriores a su muerte, así mismo, frente a la solicitud de pensión de sobrevivientes supérstite que ésta presentó ante Colfondos, la misma fue negada por no acreditar los 5 años de convivencia con el acusante, con anterioridad a la fecha de su muerte.

3. Trámite y contestación a la demanda

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada Colfondos S.A., contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, por considerar que los demandantes no dependían económica del finado, citando el requisito exigido en el literal c artículo 74 de la ley 100 de 1993.

De igual manera, señala que no existía periodicidad en los aportes brindados por el afiliado hacia sus padres, ni mucho menos una destinación definida, concluyendo que los demandantes no cumplen con los requisitos de la dependencia económica.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: *Ausencia de derecho a la pensión de sobreviviente, por no cumplir con los requisitos de ley, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.*

De otra parte, llamó en garantía a Seguros Bolívar SA, quien a dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones principales argumentando que, de acuerdo a la investigación administrativa adelantada, NO se encontró demostrada la dependencia económica de los padres respecto del señor Luis David Escobar Correa; por tanto, estas pretensiones carecen de todo fundamento factico, legal y jurídico.

Como excepciones de mérito propuso las de: *inexistencia de la obligación, excepción de prescripción, excepción de compensación, y excepción genérica o innominada.*

II. SENTENCIA APELADA

A la primera instancia se le puso fin con la sentencia del 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, en la cual se declaró no probadas las excepciones de ausencia de derecho a la pensión de sobreviviente, por no cumplir con los requisitos de ley, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

En consecuencia, declaró que a los señores Yamile Esther Correa Bautista y Próculo Rafael Escobar, les asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en proporción del 50% para cada uno, por el fallecimiento de su hijo Luis David Escobar Correa, a partir del 19 de enero de 2018.

En consecuencia, condenó a Colfondos SA, a reconocer a los señores Yamile Esther Correa Bautista y Proculo Rafael Escobar, pensión de sobrevivientes a partir del 19 de enero de 2018, así como al pago por concepto de retroactivo pensional en la suma de \$ 56.852.124.

De igual manera, condenó a Seguros Bolívar S.A., llamada en garantía, a cubrir la suma adicional a que hubiere lugar para cubrir la totalidad de la pensión de sobreviviente reclamada por los demandantes.

Finalmente, ordeno el pago de las costas a cargo de la demandada Colfondos S.A.

Como argumentos de su decisión, aduce la A-quo que al remitirse al registro civil de defunción (folio 13) no hay duda que Luis David Escobar Correa, falleció el 19 de enero de 2018, así mismo que los señores Yamile Esther Correa Bautista y Proculo Rafael Escobar, son padres del difunto de acuerdo al registro civil de nacimiento (folio 14), finalmente la calidad de afiliado a la administradora de pensiones y cesantías Colfondos S.A., donde se observa en la historia laboral que se efectuaron cotizaciones al Sistema de Pensiones a favor del finado con un total de 188,29 semanas (folio 24 y 25).

Acorde con lo anterior, se remite al artículo 46 modificado por el art. 12 de la ley 797 de 2003, así como los artículos 47 y 48 ibídem, para con ellos explicar quién son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y cuáles son sus requisitos.

De igual manera, señaló que la señora Sara Edith Conde Horta, fue vinculada al proceso, por iniciativa de la parte demandante, como litisconsorcio necesario por pasiva, en razón a que ha solicitado la pensión de sobreviviente la condición de compañera permanente del señor Luis David Escobar Correa ante Colfondos S.A; sin embargo, por su ausencia durante todo el proceso constituyó como consecuencia procesal negativa tomándola como un indicio grave en su contra, aunado a los documentos que trajo la entidad demandada Colfondos S.A., donde en las indagaciones realizadas se encuentran las declaraciones rendidas por los señores Yamile Esther Correa Bautista, Proculo Rafael Escobar, Anatividad Escobar Correa y Jhon Jairo Jaramillo Meza, dejando en descubierto que la señora Sara Edith Conde Horta, no le asiste el derecho a la prestación pretendida porque no demostró la calidad de beneficiaria.

De otra parte, expuso que, de acuerdo al registro civil de nacimiento del señor Luis David Escobar Correa, los señores Yamile Esther Correa Bautista Y Proculo Rafael Escobar, aparecen como sus progenitores.

Sobre la dependencia económica la A quo trajo a cuento varias sentencias, entre ellas, la sentencia SL14923 del 19 de octubre de 2014, para explicar que esta *no debe ser total y absoluta, sino que debe existir un grado cierto de dependencia, y la Corte ha identificado dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de*

los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.

Bajo ese entendido, sostuvo que a analizar los interrogatorios de Anatividad Escobar Correa y Jhon Jairo Jaramillo Meza, los mismos logran aportar suficiente respaldo a la dependencia económica, agregando, además que la jurisprudencia afirma que por el hecho de que los padres tengan ciertos ingresos no permite desconocer que sean subordinados o dependientes de la ayuda que le puede brindar sus hijos, y más teniendo en cuenta la estratificación social a la que pertenecen los demandantes, situación que define el arduo escenario económico.

De igual manera, citó la sentencia SL32813 del 14 de mayo de 2008, M.P. Luis Javier Osorio López, donde puntualizó:

"...la dependencia económica no siempre es total y absoluta, en la medida que "la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario"; por vía jurisprudencial se han fijado reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, tales como: que la independencia económica no se configura por el simple hecho de recibir una prestación, asignación mensual, ingreso adicional, o poseer un predio o bien, puesto que es indispensable que esos recursos sean permanentes y suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna, a más que el salario mínimo no es determinante de esa independencia económica."

En conclusión, consideró la primera instancia que actores son acreedores de la pensión deprecada, procediendo a realizar una liquidación tomando los tiempos que aparecen efectivamente cotizados en la historia laboral del actor, conforme al artículo 35 de la ley 100 de 1993 *"El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente"*, condenando a Colfondos, a reconocer y pagarle a los demandantes una pensión de sobreviviente con los respectivos incrementos de cada año y las 13 mesadas, haciendo que dicho valor sea reconocido 50% para la señora Yamile Esther Correa Bautista, en calidad de madre y 50 % para el señor Proculo Rafael Escobar, en calidad de padre.

Con respecto al retroactivo pensional, indicó que, en atención a que la parte demandante interrumpió el término prescrito con la presentación de la demanda se proyecta que el valor correspondiente a dicho retroactivo pensional es el de \$56.852.124., que concierne a fecha del 29 de abril de 2018 hasta mayo de 2022.

En cuanto a los intereses moratorios contemplados en artículo 141 de la ley 100 de 1993, solicitados, consideró que no resultaban procedentes, absteniéndose de imponerle condena.

En cuanto al llamamiento en garantía de la Compañía Seguros Bolívar, por parte de la entidad demanda Colfondos S.A, consideró la Jueza de instancia que, tras lo establecido en el artículo 77 de la ley 100 de 1993, al condenar la AFP demandada al pago de la prestación de pensión de sobreviviente se daría por extendido sus efectos en calidad de garante al capital necesario en la

cuenta de ahorro individual al afiliado y frente al evento de que lo que este en el acumulado surte insuficiente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

El apoderado judicial de los actores presentó recurso de apelación parcial argumentando que no comparte la negación a los intereses moratorios y de la indexación de las condenas, en cuanto afirma que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dispone que los mismos fueron previstos para resarcir el pago de la demora de las mesadas pensionales, siendo así, desde el año 2018 no se entregan las mesadas correspondientes y al hacerlo ahora, estas se verán desvalorizadas.

Del mismo modo no percibe que se haya valorado la indexación de las condenas que se encuentran presentada en el literal d del acápite petitorio de la demanda, con el fin de que no existiera un enriquecimiento sin causa por parte de los fondos o de las cajas que reconocen pensión, por lo que, considera que no existen razones para que se haya negado el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y/o la indexación de las condenas.

Colfondos SA

El apoderado judicial de la entidad demanda Colfondos S.A, interpuso recurso de apelación alegando que existen pruebas documentales y testimoniales que demuestra la existencia de una compañera permanente, siendo esta la señora

Sara Edith Conde Horta, la cual hizo reclamación administrativa a Colfondos S.A., solicitando la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, y a pesar de que no hizo parte del proceso se prueba que los señores Yamile Esther Correa Bautista y Proculo Rafael Escobar, no tenían dependencia con respecto a su hijo fallecido, Luis David Escobar Correa, puesto que no existen pruebas que el finado haya entregado dineros de manera periódica a su padres; no obstante, a su juicio, los demandantes no demostraron la carga procesal respecto a la dependencia económica y al no hacerlo solicita que se revoque en todo lo que le fue desfavorable.

De otro lado, señaló que ni la parte demandante, ni la demandada demostraron sus intereses, por lo que sostiene que ninguna de las partes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente como lo establece la ley 100 de 1993.

Seguros Bolívar SA.

Sustentó la alzada, indicando que, de acuerdo a las pruebas testimoniales y a la investigación que aportó Colfondos a este proceso, estas carecen de inobservancia en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que existe una controversia y un cruce de manifestaciones que inducen al error, por lo que no se permite establecer la periodicidad con la que se hacían los aportes del causante a sus padres con los que se pueda desprender que estas contribuciones no se hacían de manera regular y los demandantes solventaban sus gastos por otros medios; aduce, además, que el causante, Luis David Escobar Correa, vivía con la señora Sara Edith Conde Horta, en la ciudad de Bogotá en un periodo de tres años anteriores a su fallecimiento, razón por el cual los ingresos que perciba el causante servían para su sostenimiento y para

sus deberes de convivencia y que eventualmente serian como un apoyo o suministro para el sostenimiento de sus padres, por ello no implicaba que fuera una dependencia regular o periódica.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, las partes presentaron sus alegatos de conclusión reluciendo los argumentos puestos a consideración a lo largo del proceso y lo sustentado en los respectivos recursos de apelación.

IV. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

1. Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, y, además, no han sido discutidos por las partes en esta instancia, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por las partes que asisten a este proceso.

Problema jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar: **(i)** conforme al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de SARA EDITH CONDE HORTA, si ésta ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en condición de compañera permanente supérstite; **(ii)** Si

los actores reúnen los requisitos para ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente causada por su hijo, LUIS DAVID ESCOBAR CORREA (QEPD), en calidad de padres; de ser así, **(iii)** Si no debió condenarse al pago de intereses moratorios y a la indexación de condena.

- **Supuestos facticos que no son objeto de censura**

3. De acuerdo a lo planteado, en el asunto que nos convoca se mantienen incólume los siguientes supuestos de hecho, en atención a que se encuentran debidamente probados y no fueron objeto de reproche o censura dentro del trámite procesal:

- I)** Que el señor LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, falleció el día 19 de enero de 2018.
- II)** Que el finado LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, se encontraba afiliada al fondo de pensiones COLFONDOS al momento de su muerte.
- III)** Que el señor LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de su muerte.
- IV)** Que los señores YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA y PROCULO RAFAEL ESCOBAR, son los padres del difunto LUIS DAVID ESCOBAR CORREA.

- **De los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes**

4. Previo a desatar el primer problema jurídico planteado, es menester señalar que la normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (**Vid. Sentencias SL1994-2019 y SL15965-2016**). Por tanto, como el causante LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, falleció el 19 de enero de 2018 (Registro Civil de Defunción, folio 5 Archivo PDF 4) y estuvo afiliado al RAIS, la normatividad aplicable para establecer si dejó causada la pensión de sobrevivientes y si la actora es beneficiaria de la misma, son los artículos 73 a 75 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 46 a 48 ibídem, con las modificaciones que le fueron introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Acotado lo anterior, para determinar, en el presente asunto, quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto que el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el canon 13 de la Ley 797 del 2003, el cual regula los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, el cual establece lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o **compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;”

(...)”

- **De la calidad de beneficiaria de SARA EDITH CONDE HORTA**

5. Pues bien, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la señora SARA EDITH CONDE HORTA, la Sala realizará su estudio, a fin de determinar si ésta logró acreditar, al interior del presente proceso, haber convivido con el finado, LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, durante los últimos cinco años a su fallecimiento; advirtiéndole de entrada que, la señora SARA EDITH CONDE HORTA, no dio contestación a la demanda, pese a haber concurrido a notificarse personalmente de la demanda, lo que le impidió pedir y aportar pruebas.

No obstante, pese a no haberse decretado y practicado pruebas a favor de la señora SARA EDITH CONDE HORTA, el administrador de justicia debe entrar a estudiar en conjunto las pruebas que reposen en el plenario, con independencia de quién las haya incorporado. En esa medida, es así como a folios 11 a 23 del Archivo 4 PDF, la parte actora aporta el formato para verificar dependencia, diligenciado por la Compañía Seguros Bolívar SA, en el que se observa una serie de preguntas realizadas a la señora YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA, entre las más destacadas ésta respondió *"mi hijo primero se fue en el 2014 para Bogotá a trabajar con Codensa, a él le dieron hospedaje y posteriormente al año consiguió un apartamento y Sara se fue a vivir en marzo de 2015, semana santa, hasta que él fallece"*.

Adicionalmente, la llamada en garantía Seguros Bolívar, aporta informe investigativo realizado por Consultamos SAS, encargada de realizar la investigación para reconocimiento de pensión de sobrevivientes, a fin de corroborar la información suministrada al momento de realizar la reclamación pensional. En este informe se observa la entrevista realizada a SARA EDITH CONDE HORTA y ADRIANA ESTER HORTA POLO, esta última madre de la demandada, quienes manifestaron que la convivencia con el finado LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, perduró solo por cuatro años y medio, inclusive, indicaron que en este interregno hubo una interrupción en su convivencia.

En igual sentido, de las deposiciones rendidas por YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA, PROCULO RAFAEL ESCOBAR MARTINEZ, ANATIVIDAD ESCOBAR CORREA Y JHON JAIRO JARAMILLO MEZA, ninguno de ellos indica que la señora SARA EDITH CONDE HORTA, hubiese convivido con el señor LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, durante los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento; por el contrario, siempre hicieron referencia a que solo se trataba de un noviazgo, y que esta eventualmente solo iba a visitarlo a Bogotá.

En conclusión, la señora SARA EDITH CONDE HORTA, no aportó prueba alguna que llevara a determinar que convivió con el fallecido LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, por el término que establece la norma precitada.

- **De la calidad de beneficiarios de los demandantes**

6. Ahora, con relación a la calidad de beneficiarios de los demandantes, De acuerdo al artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de

la Ley 797 de 2003, “A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”

No obstante, la parte demandada se opone a su reconocimiento, alegando la inexistencia de la dependencia de los señores YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA y PROCULO RAFAEL ESCOBAR, respecto del afiliado fallecido, señalan que existe contradicciones entre lo manifestado por los testigos recepcionados y en el informe investigativo rendido por Consultando SAS.

Pues bien, para resolver el anterior planteamiento, resulta pertinente traer a colación lo sentado por la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte, en sentencia CSJ SL2117-2022, en la que, sobre este tema expuso lo siguiente:

“En ese contexto, se entiende que la dependencia económica de los padres no tiene que predicarse de manera total y absoluta respecto de su hijo fallecido; empero, no puede entenderse que esto habilitó que cualquier ayuda por parte de un hijo se convierte en dependencia económica CSJ SL14539-2016, CSJ SL4103-2016 y CSJ SL16184-2015 y, con ello, deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial en las condiciones de su subsistencia. (Subraya la Sala)

(...)

La dependencia parte de la necesidad de la protección del padre que se encuentra subordinado al ingreso que el hijo le procuraba para salvaguardar sus condiciones de subsistencia, con lo cual la ayuda económica del hijo se torna imprescindible para asumir los gastos ordinarios de los padres, ante la imposibilidad material de los

mismos de costearlos para subsistir. (Subrayas del original)

Ha sido cristalino que la imposibilidad material de los padres de suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, no implica, como se señaló, el encontrarse en estado de mendicidad o la carencia total de recursos, por lo que la determinación de esta imposibilidad conlleva un juicio de autosuficiencia, entendida como aquella autonomía de generar fuentes de recursos para atender sus necesidades básicas que permitan su subsistencia.

Como consecuencia de ello, resulta pertinente efectuar la calificación de la dependencia para lo cual, esta Sala ya ha establecido los parámetros que deben seguirse a efectos de determinar la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido, partiendo de la premisa de que, si bien, la dependencia no debe ser total y absoluta, la entrega de recursos a los familiares no puede ser tenida «como prueba determinante» de la dependencia, CSJ SL14539-2016 y CSJ SL1921-2019. Esto implica que la colaboración económica por parte de un hijo a sus padres no consagra una presunción de dependencia de los padres y, por lo tanto, debe verificarse la magnitud de dicho aporte.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL5681-2021, la Corte enunció que debían valorarse 2 condiciones para establecer la existencia real de la dependencia económica: «*i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes*»; y adicionalmente, «*ii) una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo*». (Subraya la sala)

Acorde a las anteriores citas jurisprudenciales, si bien la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta, no es cualquier aporte el que puede tenerse como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes; no obstante, es por ello que, para esta Sala, los demandantes no acreditaron la dependencia económica que exige el legislador para que los padres de un afiliado fallecido puedan ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada.

Inicialmente, al plenario fueron aportadas como pruebas documentales el formato para verificación de dependencia, así como el informe de investigación rendido por Consultando SAS, de los que se observa que, según entrevista realizada a los demandantes, éstos enunciaron la totalidad de los gastos que se deben asumir en el hogar, e indicaron quiénes solventaban los mismos, así: (i) Luis David Escobar Correa \$200.000; (ii) Proculo Rafael (padre del finado) \$520.700; (iii) Anatividad Escobar (hermana del causante) \$520.700; (iv) Jhon Jairo (Cuñado del fallecido) 200.000.

De igual manera, en la entrevista rendida por la hermana del finado, esta manifestó que su hermano Luis David Escobar Correa, siempre le ayudaba a sus padres, girándoles \$300.000, cuando no tenía deudas, y cuando podía mandaba \$200.000; posteriormente, cuando se le preguntó cuándo fue la última vez que aportó para los gastos, ésta afirmó que en diciembre de 2016 giró \$1.000.000.

También, se observa la entrevista realizada al señor Jhon Jairo Jaramillo Meza, cuñado del causante, en la que, al preguntarle quién aporta para los gastos de

la familia de la familia en esta casa cuando vivía el afiliado, éste respondió “aportábamos, mi suegro, mi esposa y yo. Nos distribuíamos los gastos y eventualmente el señor Luis David Escobar ayudaba, especialmente a la mamá, desconociendo cuánto le giraba.

El anterior informe, realizado por Consultando SAS, en gran parte se contrapone con la prueba testimonial recuadada en la audiencia de trámite, realizada a los señores Anatividad Escobar Correa y de Jhon Jairo Jaramillo Meza; sin embargo, pese a sus diferencias, de la misma se logra extraer lo siguiente:

- (i) La testigo Anatividad Escobar Correa, manifestó que su finado hermano le colaboraba a sus padres, les consignaba dinero, que no era suficiente, pero sí les colaboraba, les mandaba a veces \$200.000 o los \$250.000; además, indica que cuando su papá le pedía, éste siempre hacía la manera y le mandaba, nunca decía que no. Asimismo, en su relato aseguró “el último giro que hizo, fue un diciembre que no vino, mandó \$1.000.000.”, pero cuando se le preguntó en qué año fue que se hizo ese giro, la deponente manifestó no recordarlo.
- (ii) Por su parte, el declarante Jhon Jairo Jaramillo Meza, expuso que Luis David Escobar le enviaba a sus padres para la alimentación todos los meses, y ante cualquier necesidad les mandaba, desconociendo la suma de dinero que éste enviaba. De igual manera, mencionó el testigo que su compañera, Anatividad Escobar, aportaba a sus padres la suma \$520.000., además, manifestó constarle que en una ocasión el causante envió \$1.000.000, para sus padres, sin recordar la fecha exacta, pero que fue para un final de año. Asimismo, afirmó que el último fin

de año de vida lo pasó en la casa de sus padres, compartiendo 31 de diciembre.

En esa medida, al confrontar la prueba testimonial con el informe investigativo que realizó Consultamos SAS, para la Sala los demandantes no dependían económicamente del causante, habida cuenta que, primeramente, el declarante Jhon Jairo Jaramillo, compañero permanente de la señora Anatividad Escobar, manifestó que aportaba \$520.000. De otra parte, la testigo Anatividad Escobar fue clara en afirmar que la última consignación que realizó el finado a sus padres fue por valor de \$1.000.000, y la realizó en un mes de diciembre en el que éste no pudo venir a visitar a su familia, sin recordar el día y el año; sin embargo, al acompasar este dicho con el de su compañero permanente, señor Jhon Jairo Jaramillo, así como el informe de investigación realizado por Consultamos SAS, se puede constatar que el último fin de año que estuvo con vida el *de cujus* Luis David Escobar, lo pasó con su familia cuando vino a visitarlos, es decir, puede entenderse que la última consignación que éste realizó a sus padres fue en diciembre de 2016, tal como se narró en la entrevista realizada a la señora Anatividad Escobar en el informe de investigación de Consultamos SAS.

Puestas, así las cosas, no puede entenderse que la ayuda económica que le brindaba el finado a sus padres fuera constante y periódica, por el contrario, el mismo dicho de los testigos traídos por la parte actora, dan cuenta que su último aporte económico realizado fue en diciembre de 2016.

Ahora, si bien la dependencia no debe ser total y absoluta, no es menos cierto que la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no

pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario (**Vid. Sentencia CSJ SL1136 – 2023**) siendo este uno de los elementos necesarios para adquirir la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su fallecido hijo.

De otra parte, tampoco puede pasarse por alto el dicho de la testigo, Anatividad Escobar Correa, hija de los demandantes, quien aseguró que, junto con su compañero permanente ayudaba económicamente con \$520.000 mensuales a sus padres, mientras que, el fallecido Luis David Escobar, según el dicho de la testigo, les mandaba *a veces* \$200.000 o los \$250.000; situación que lleva a determinar que, los señores YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA Y PROCULO RAFAEL ESCOBAR MARTINEZ, no dependían económicamente del causante.

Así las cosas, encuentra la Sala que no le asiste razón a la A quo al determinar que se probó la dependencia económica de los señores YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA y PROCULO RAFAEL ESCOBAR con respecto de al difunto LUIS DAVID ESCOBAR CORREA, esto de acuerdo a las pruebas documental y testimoniales traídas al proceso, las que, aun pasando por alto las diversas contradicciones existentes entre sí, no se logran respaldar la dependencia económica, que, se itera, aunque no se requiere que sea absoluta tampoco se verifica una periodicidad, y al no existir otro medio probatorio y no cumplir los demandantes con la carga de la prueba las pretensiones caen por su propio peso.

Corolario de todo lo anterior, esta Sala de decisión revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la parte demandada de cada una de las pretensiones irrogadas. Se impondrá condena en costas en ambas

instancias a cargo de los demandantes y a favor de la parte demandada, en los términos del numeral 4º del artículo 365 del Código General del Proceso. En esta superioridad, las agencias en derecho se fijan en 1 SMLMV.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOVAR la sentencia adiada 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23- 001- 31- 05- 003- 2019- 00309 01 FOLIO 265 -22**, promovido por **YAMILE ESTHER CORREA BAUTISTA** y **PROCULO RAFAEL ESCOBAR** contra **CONFONDOS SA, Y SARA EDITH CONDE HORTA**.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **COLFONDOS S.A.**, de cada una las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto ut supra.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias, a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada. En esta superioridad, las agencias en derecho se fijan en 1 SMLMV.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador**

**FOLIO 273-2022
Expediente No. 23 001 31 05 004 2019 00403 01 FOLIO 273-2022
Aprobado por Acta No. 70**

**Montería, Córdoba, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés
(2023)**

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **JOSE DOLORES ARTEAGA CUADRADO** contra **EFFECTIVA EST S.A.S. Y ESE VIDA SINU**.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El demandante pide que se declare la existencia de una relación laboral entre él y EFFECTIVA EST S.A.S., desde el 01 de marzo de 2016 al 30 de julio de 2018.

Que se declare que la ESE VIDASINU, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios, fue la empresa usuaria de EFFECTIVA EST S.A.S durante el periodo que duro la relación laboral entre EFFECTIVA y él.

Se condene que la ESE VIDASINU es responsable por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho, en virtud de la relación laboral que él sostuvo con las empresas de servicios temporales.

Así mismo, solicita se condene a EFFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDA SINU a pagarle solidariamente la suma de \$30.472.113 por concepto de salarios no pagados desde el 01 de marzo del 2016 hasta el 30 de julio de 2018, \$8.211.164 por

prestaciones sociales, \$3.174.061 por indemnización por despido injusto, y \$52.166 diarios por concepto de sanción moratoria desde el 01 de agosto de 2018 hasta que se efectúe el pago total de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

1.2. Los hechos

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

Señala el 01 de marzo de 2016 suscribió contrato laboral a término labor contratada con EFECTIVA E.S.T., que el objeto del contrato era la prestación personal del servicio de conducción de las ambulancias de la E.S.E. CAMU AMPARO, por un horario de 8 horas diarias.

Precisa que a pesar de haberse acordado que la labor sería ejecutada diariamente por 8 horas, el acuerdo contiene una cláusula que deja abierta la posibilidad de que dicho horario podría ser modificado unilateralmente por la E.S.E. CAMU EL AMPARO en cualquier momento, en el sentido de exceder esas 8 horas pactadas al número de horas necesarias que dicho centro médico lo necesitare.

Explica que, dando aplicación a dicha cláusula, durante todo el tiempo, prestó el servicio en el siguiente horario:

Tres días continuos de 6:00 A.M. – 6:00 P.M.

Tres días continuos de 6:00 P.M. - 6:00 A.M.

Tres días continuos de descanso.

Aduce que a raíz del horario establecido por la ESE, paso de trabajar 8 horas a 12 horas diarias, ininterrumpidamente, remunerándose con el salario convenido por las partes, que tenía por fin compensar en dinero el trabajo de 8 horas, indica que trabajaba 4 horas extraordinarias diurnas (2:00 pm – 6:00 pm) en aquellos días que laboraba 6:00 AM a 6:00 PM, que laboraba 5 horas nocturnas (9:00 pm – 2:00 am) y 4 horas extraordinarias nocturnas (2:00 am – 6:00 am) en las fechas en que le correspondía cumplir el horario de 6:00 PM a 6:00 AM.

Alega que además de laborar horas extras por la forma en la que estaba distribuido su horario de trabajo, también trabajaba 3 domingos en el mes.

Afirma que, a pesar de haberse recurrido a la figura del servicio temporal, nunca cumplió labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni reemplazó personal en vacaciones, licencias o incapacidades, como tampoco atendió incrementos en la producción o prestación de los servicios en la E.S.E. CAMU EL AMPARO.

Arguye que mediante Acuerdo N° 17 del 04 de agosto de 2017, el concejo Municipal de Montería modificó el nombre de la E.S.E. CAMU EL AMPARO por el de E.S.E. VIDASINU, y así mismo EFECTIVA E.S.T., el 21 de febrero de 2018 cambió su nombre y organización y pasó a llamarse EFECTIVA E.S.T. S.A.S.

Indica que los días 15 de octubre y 01 de diciembre de 2017 y 01 de febrero de 2018, la empresa EFECTIVA, le envió sendas comunicaciones dando por terminado el contrato laboral, aduciendo una finalización del contrato suscrito entre la E.S.E. VIDASINU y ellos, sin embargo, el vínculo no finiquitaba debido a que EFECTIVA lo llamaba para suscribir un nuevo contrato con el mismo tenor literal del inmediatamente anterior.

Expresa que el día 30 de julio de 2018, EFECTIVA EST SAS tomo la decisión unilateral e injustificada de despedirlo, argumentando la finalización del contrato de prestación de servicios suscrito entre la E.S.E VIDASINU y EFECTIVA.

Aduce que no tenía los contratos suscritos en su poder, por lo que solicitó estos a la demandada EFECTIVA E.S.T. S.A.S., el 12 de junio de 2019, quien le dio respuesta el 26 de junio de 2019, explicando que solo encontró en sus archivos 3 contratos suscritos entre 2016, 2017 y 2018, los cuales fueron entregados.

Por último, indicó que los salarios devengados no eran los que realmente debía recibir.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **ESE VIDASINU**, contestó, indicando frente a la mayoría de hechos que no le constan, algunos son ciertos, otros no son ciertos y el último no es un hecho.

Presento como excepciones las de las de FALTA DE JURISDICION, EXCEPCION-BUENA FE, EXCEPCION-RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA EMPRESA EFECTIVA EST SAS, E IMPOSIBILIDAD JURIDICA DE CONDENAR SOLIDARIAMENTE A LA ESE VIDASINU AL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES.

Por último, solicito el llamamiento en garantía de **SEGUROS DEL ESTADO**, la cual contesto frente a los hechos que no le constan, ya que su vinculación obedece al llamamiento en garantía efectuado por la apoderada de ESE VIDASINU, se opuso a todas las pretensiones con respecto a la ESE VIDASINU y solicito que sea exonerada en su condición de llamada en garantía por parte de la ESE VIDASINU.

Propuso excepciones, las cuales determino INEXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL ENTRE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO VIDASINÚ Y EL SEÑOR JOSÉ DOLORES ARTEAGA CUADRADO, PRESCRIPCIÓN y LA GENÉRICA.

En cuanto al llamamiento en garantía manifestó que si bien la apoderada de la E.S.E. VIDASINÚ hace referencia a la suscripción de varios contratos de seguro, sólo se referirá al que obra en el expediente y que fue aportado con el presente llamamiento en garantía, el cual corresponde a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual P.L.O. número 65-02-10100262, arguyendo que del hecho segundo al tercero son ciertos y respecto al hecho cuarto que no es cierto, en razón que la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual P.L.O. No. 65-02-101000262 no cubre el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones

que le sean reclamadas al asegurado, toda vez que tal como se encuentra determinado en las condiciones generales aplicables a esta, lo amparado es la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado por lesión, muerte o daños a terceros causados en el giro normal de las actividades del asegurado, así como su responsabilidad patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Propuso como excepción al llamamiento en garantía, la que determinó "AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL P.L.O. No. 65-02-101000262"

A **EFFECTIVA EST SAS**, se le dio por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA APELADA

A la primera instancia se le puso fin con la sentencia de data 13 de junio de 2022, en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLÁRESE que entre el demandante JOSÉ DOLORES ARTEAGA CUADRADO, como trabajador y la sociedad EFFECTIVA EST., S.A.S., como empleador, existió una única relación laboral que tuvo vigencia desde el 1º de marzo de 2016 hasta al 30 de julio de 2018, cuya terminación se debió a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad EFFECTIVA EST., S.A.S. a pagarle al demandante JOSÉ DOLORES ARTEAGA CUADRADO la suma de \$2.973.500 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: Absolver a la sociedad la sociedad EFFECTIVA EST., S.A.S., de las demás pretensiones de la demanda...

CUARTO: Absolver a la E.S.E. VIDASINÚ de las pretensiones incoadas en su contra por el accionante, JOSÉ DOLORES ARTEAGA CUADRADO...

QUINTO: Absolver a la llamada en garantía Seguro del Estado S.A., de las pretensiones incoadas por la llamante en garantía E.S.E. VIDASINÚ...

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad EFFECTIVA EST., S.A.S., en favor del accionante, JOSÉ DOLORES ARTEAGA CUADRADO, fíjense las agencias en derecho en la suma de \$223.013".

En lo que se refiere al punto de apelación el A-quo para sustentar su decisión de negar el reconocimiento y pago de horas extras, determinó que la sala de casación laboral de la CSJ ha sostenido que la prueba de las horas extras y las jornadas complementarias de trabajo debe ser precisa y clara, en específico sobre la prueba

testimonial, para que se pueda acreditar el trabajo suplementario asentando lo siguiente:

"La prueba testimonial utilizada para demostrar el trabajo en horas extras, tienen que ser de una definitiva claridad y precisión, y no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un numero probable de las que se estiman trabajadas".

En ese orden de cosas, tiene el Despacho que el accionante indicó con su demanda que durante el tiempo en que prestó sus servicios de conductor de ambulancias, la E.S.E. Camu El Amparo – hoy Vidasinú – le impuso al conductor el siguiente horario semanal: tres días continuos de 6:00 am – 6:00 pm; tres días continuos de 6:00 pm a 6:00 am; tres días continuos de descanso, pasando de 8 a 12 horas diarias ininterrumpidamente, remunerándose con el salario convenido por las partes que tenía por fin compensar en dinero el trabajo de solo 8 horas, afirmación que carece de prueba al interior del proceso, pues, revisada la prueba documental consistente en; las certificaciones laborales expedidas por Efectiva EST S.A., en favor del actor el 1° de noviembre de 2016; 20 y 28 de junio de 2018; 24 de octubre de 2018 y; 3 de abril de 2019, el historial de cotizaciones emitido por la AFP Colpensiones, los contratos de trabajo de obra labor suscritos entre las partes 1° de abril de 2016; el 1° octubre y diciembre de 2017 y; 1° de enero de 2018, las comunicaciones de terminación del contrato del 15 de octubre y diciembre de 2017, de febrero de 2018 y de julio de 2018, el contrato de *prestación de servicios por procesos y subprocesos de servicios generales de la E.S.E. Vidasinú* suscrito entre ésta y la EST Efectiva S.A.S., el 1° de julio de 2018, se tiene que ninguno de estos instrumentos tienen la potencialidad de acreditar tal hecho probatorio, como lo es, que el accionante laboraba tiempo suplementario.

Con relación a la prueba testimonial, se tiene que en el proceso fue escuchada la versión de Olga Lucia Arrieta Bedolla, quien indicó haber sido compañera de trabajo del actor en una de las sedes de la E.S.E., Vidasinú, más específicamente en la denominada *Camilo Torres*, que sabía que éste había ingresado a trabajar en dicha entidad hospitalaria como trabajador en misión enviado por Efectiva E.S.T. S.A.S. que tenía un horario de 6:00 am a 6:00 pm, lo cual le constaba por su propio horario el cual le permitía constatar que el accionante algunas veces llegaba a las 6:00 pm y otra veces se excedía más allá de esa hora, principalmente cuando lo remitía a zonas rurales, adujo que su cargo era de servicios generales y que trabajaba de 5:00 am a 1:00 pm, de 1:00 pm a 9:00 pm; y de 9:00 pm a 5:00 am, teniendo luego dos (2) días de descanso.

A su vez, Salvador Acero a su vez, señaló que fue compañero de trabajo del accionante, pues, él también era conductor de ambulancia de la E.S.E., Vidasinú, como trabajador en misión por parte de Efectiva EST S.A.S., que el inicialista tenía un horario de *seis a seis* tres días continuos, tres noches continuas y tres días de descanso y que dicho horario se lo estipulaba un trabajador de Vidasinú llamado Víctor Rosario.

Por su parte, Gerardo Díaz Estrada sostuvo también ser conductor de ambulancia, en la E.S.E., indicó que laboró como trabajador en misión de la misma empresa de servicios temporales, en lo que respecta al horario del accionante señaló que

trabajaba 12 horas diarias las cuales se podían sobrepasar si le enviaban a una zona rural.

Al tiempo, María Elena López Galarcio, apuntó haber trabajado en la sede "*Camilo Torres*" de la E.S.E. Vidasinú, como auxiliar de enfermería, pero con una sociedad de servicios temporales distintas, que su horario como auxiliar de enfermería era de 7:00 am a 1:00 pm y de 1:00 pm a 7:00 pm, sin embargo, le constaba que el accionante tenía un horario de *seis a seis*, pues, cumplían funciones juntos, ya que, los conductores de ambulancia no se podían mover sin el respectivo auxiliar de enfermería, que muchas veces se trabajó por encima de las 12 horas e incluso en días festivos.

Ya, por último, Roberto Triana, relató conocer al accionante pues fueron compañeros en la sede *Camilo Torres* que fue él quien le dio la inducción al accionante en el cargo de conductor de ambulancia, por orden del señor Víctor Rosario, señaló que el horario del inicialista era de *seis a seis* el cual a veces se excedía.

Nótese como los declarantes fueron coherentes y coincidentes a la hora de señalar que, el señor Arteaga Cuadrado cumplía con un horario de 12 horas diarias, fundando la ciencia de su dicho, todos, en el hecho de haber sido compañeros de trabajo del accionante en la sede *Camilo Torres* de la E.S.E. Vidasinú, empero, tales declaraciones no son suficiente para establecer la prueba del trabajo suplementario, pues, no responde a los criterios de claridad y precisión que le exige la jurisprudencia para ser tomada como definitiva de tal hecho probatorio, en tanto que éstos, no indicaron, por ejemplo, como se repartía el horario del accionante dentro de la jornada semanal de trabajo de éste y tampoco que día específicamente se superó la jornada de 12 horas y que días específicamente se trabajaron las 12 horas.

En cuanto al interrogatorio de parte rendido por los representantes legales de Efectiva S.A.S., se tiene que no puede deducirse el hecho que pretende el accionante se tenga por probado en esta instancia judicial, pues, el representante de la entidad hospitalario fue reiterativa a la hora de indicar que el horario del accionante era fijado por la entidad contratista y que por tal motivo desconocía tal hecho, mientras que, el representante de Efectiva S.A.S., contrario sensu, sostuvo que, el horario lo fijaba la empresa usuaria dependiendo sus necesidades, que debía hacerse en turnos de 8 horas que debían cumplir los tres (3) conductores asignados a una ambulancia y que de incurrirse en horas extras la E.S.E., debía reportar tal hecho a la EST., para su pago al trabajador.

Ahora bien, no pasa por alto la judicatura que la EST., demanda se le tuvo por no contestada la demanda, lo cual, acarrea la constitución de un indicio grave en contra de ésta, de conformidad con el parágrafo 2.º del artículo 31 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, sin embargo tal hecho no lleva a la aceptar como cierto los hechos imputados a la demanda, los cuales, conforme se indicó están a cargo del trabajador a quien le incumbe la carga de la prueba y por consiguiente es el llamado a soportar las consecuencia de una conducta probatoria deficiente, como acaeció en el presente caso, de tal manera que hay lugar a aplicar el sucedáneo probatorio, de quien no prueba algo que debió probar tiene la consecuencia negativa de dar por no demostrado lo no probado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El apoderado judicial del **accionante**, interpuso recurso de apelación, en lo concerniente a las horas extras, indicando que el juez consideró que la prueba de las horas extras debe ser clara y precisa, que todos los testigos son precisos en que el actor en efecto cumplía un horario de 6 am a 6 pm, de 6 pm a 6 am y 3 días de descanso, tal y como se planteó en la demanda; pero le restó eficacia probatoria, no siendo suficiente los testigos porque no especificaron el día exacto en que trabajaron esas horas extras, porque no indicaron como se distribuía ese horario de 12 horas, y tampoco dijeron a partir de que día exacto se empezaron a trabajar esas horas extras, existiendo una contradicción en lo considerado por el Despacho.

Advierte no encontrarse de acuerdo con la apreciación del a-quo, porque los testigos son compañeros de trabajo de su defendido, compartieron con él al conducir la ambulancia, turnos, todo lo que los compañeros de trabajo pueden compartir e inclusive el tema del horario, pues una persona que trabaja en una oficina sabe más o menos a qué hora salen sus compañeros, como son los turnos, como es la dinámica del trabajo, por tal razón los 5 testigos presentados son aptos, suficientes y especificaron el horario, de lo cual el Juez podría derivar que el demandante no trabajaba 8 horas, sino 12, es decir, trabajaba 4 horas extras todos los días.

Arguye que si para el a-quo esos testigos no especificaron a partir de que día exacto su cliente trabajó horas extras, ni como estaba distribuido el horario de trabajo, porque no le hizo el despacho una pregunta al respecto.

Manifiesta que no está de acuerdo con el juzgador, al no tener en cuenta la conducta procesal asumida por los demandados, pues si la hubiera hecho habría advertido que siempre intentaron encubrir a toda costa y de cualquier modo el horario de trabajo del demandante, y el art. 61 del CST establece que el Juez al momento de decidir debe valorar la conducta procesal de los demandados, lo que no hizo, pues en ningún momento en las consideraciones escucho que se haya mencionado lo ocurrido en la audiencia anterior, referente a que tuvo que llamar la atención de los representantes de las demandadas porque sus apoderados estaban murmurando, de manera que se podría entender que ellos le estaban diciendo las respuestas, incurriendo en una conducta de mala fe que sumado al indicio grave de EFECTIVA SAS por no haber contestado la demanda, sumado a los testimonios que fueron claros y precisos al decir que el horario que cumplía el demandante era tres días continuos de 6:00 AM-6:00PM, tres días continuos de 6:00PM-6:00AM y tres días continuos de descanso.

Por último, solicito que se revoque el numeral tercero del fallo apelado.

2. Por su parte la apodera de **EFECTIVA EST SAS**, interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por el a-quo porque no está acorde con la sentencia, es decir no atacó los puntos debatidos en la litis.

En razón que se le negó la concesión del recurso de apelación, la apoderada propuso recurso de reposición y en subsidio queja, habiéndose resuelto la reposición de manera negativa, y resuelta la queja por esta Sala, declarándose bien denegado dicho recurso.

IV. ALEGACIONES

El apoderado judicial del demandante presentó alegaciones, reiterando lo expresado en su recurso de alzada.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. alegó de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES:

1. Presupuestos procesales.

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

2. Problema jurídico.

El núcleo central de la controversia, se ciñe en determinar si erró el A Quo al negar lo relativo a horas extras pretendidas y en consecuencia reajuste de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

3. Solución al problema jurídico

Sea lo primero puntualizar que, no es objeto de controversia que existió una relación laboral única e ininterrumpida entre el demandante y EFECTIVA EST SAS.

Sobre la condena al pago de horas extras, se debe tener en cuenta que, corresponde al demandante cuando convoca a juicio al empleador pretendiendo el pago de estas, probar de manera clara el número de horas extras o trabajo suplementario, no siendo dable para el Juzgador hacer conjeturas, suposiciones o calculas para ordenar su pago, sino que por el contrario no debe haber lugar a dudas y su existencia deben estar probadas de manera fehaciente. Véase sentencia **SL216-2023 Mp. Dra. Ana María Muñoz Segura**, que indica lo siguiente:

"el precedente de la Corte ha sido pacífico y abundante al asignarle al trabajador la carga de la prueba sobre la prestación efectiva del trabajo"

suplementario, nocturno, dominical o festivo cuando reclama el pago de los recargos correspondientes.

Es así que, le corresponde de forma exclusiva, demostrar que efectivamente desarrolló actividades, labores o tareas por fuera de la jornada ordinaria, de tal forma que provea al juzgador de los elementos de convicción necesarios que le permitan aplicar la consecuencia legal de los recargos sobre el trabajo probado.

Como se dijo, esta ha sido posición clara y sostenida de esta Corporación, en sentencias como la CSJ SL2736-2021, CSJ SL2645-2021, CSJ SL2005-2021, CSJ SL1772-2021, CSJ SL1374-2021, CSJ SL744-2021, CSJ SL867-2021, CSJ SL667-2021, CSJ SL681-2021 o la CSJ SL4930-2020, que citó a la CSJ SL15014-2017 en donde se reiteró lo postulado por la CSJ SL, 15 julio 2008, radicación 31637, reiterada en la sentencia CSJ SL15014-2017, señaló:

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

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

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

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

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

Así mismo, el Alto Tribunal Laboral en sentencia SL 065 de 2023, sobre el tema indicó:

"Con todo, importa recordar que cuando se reclama el reconocimiento de trabajo suplementario, la prueba de su ejecución debe ser concreta y detallada, generadora de certeza *«de los horarios y días en que se ejecutó, (...), no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo»*. (CSJ SL3009-2017 CSJ SL, 9 ago. 2006, rad. 27064)."

Dicho lo anterior, y analizadas las pruebas aportadas al plenario, en especial la testimonial, encuentra esta judicatura que le asiste razón al juzgador de primera instancia al no acceder a la condena de los rubros solicitados por el actor en este punto, dado que ninguno de los testimonios rendidos en audiencia dijo de forma clara y precisa los días en que el señor José Arteaga Cuadrado trabajaba horas extras y que numero de horas laboró, pues si bien, se itera tal y como a bien lo tuvo el A-quo, casi todos los testigos fueron contestes en determinar que el actor tenía un horario de 6 a 6, ya fuera por el día o por la noche, y 3 días de descanso, lo cierto es que a la pregunta si *sabían qué día específicamente el señor José dolores Arteaga cuadrado supero ese horario de doce horas*, todos indicaron saber que muchas veces laboraba más de las 12 horas, porque era enviado a transportar enfermos a otro lugares, regresando entre las 8, 9, 10 u 11 de la noche, sin que ninguno pudiera especificar que días y cuantas horas laboró el demandante como horas extras, máxime, que incluso testigos como la señora Olga Arrieta y María Elena Lopez, manifestaron haber laborado con la empresa demandada solo hasta el año 2017, no pudiendo haber precisado cuanto tiempo extra trabajaba o no el señor Artega, sumado todo ello a que el mismo demandante en su interrogatorio de parte advierte haber tenido un horario de 12 horas, pero que muchas veces se desocupaba a las 9, 10 o 10:30 de la noche, es decir, se itera, no lograron acreditar los días y horas extras laboradas, tal y como es requerido, lo que se evidencia con la jurisprudencia antes trasuntada.

De otro lado, tampoco le es dable al apoderado de la parte demandante, pretender que se den por demostradas tales circunstancias, por el hecho de que les haya sido llamada la atención a los representantes de las demandadas en su interrogatorio, porque si bien, es una conducta reprochable, lo cierto es que ello no tiene la capacidad de exonerar al actor de su deber probatorio y mucho menos de llevar al Juez a realizar suposiciones y cálculos para poder determinar con claridad cuantas horas extras fueron laboradas por este.

En ese orden de cosas, la prueba testimonial aportada no es elemento demostrativo calificado para desvirtuar la conclusión del fallador, pues no cumplen con los criterios establecidos por la jurisprudencia de la CSJ.

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

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de montería, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por JOSE DOLORES ARTEAGA CUADRADO contra EFECTIVA EST SAS y la ESE VIDASINU.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado


MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

FOLIO 280-2022
EXPEDIENTE No. 23-001-31-05-005-2020-00059-01
Aprobado por Acta N. 70

**Montería, Córdoba, treinta (30) de febrero del año dos mil veintitrés
(2023).**

Procede la Sala en aplicación de la ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia de fecha 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **LUIS EDUARDO ESPELETA FABRA** contra **PROPIEDAD HORIZONTAL EDIFICIO RSK**.

I. ANTECEDENTES

1. El señor **LUIS EDUARDO ESPELETA FABRA**, por medio de apoderado judicial, demandó a la accionada, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 20 de enero de 2017 y terminó el 26 de agosto de 2018.

En merito, de aquella declaración, solicita se condene a la enjuiciada a pagar los siguientes rubros laborales:

- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Primas de servicio.
- Vacaciones.

- Sanción moratoria del artículo 65 del CST.
- Sanción moratoria por no consignación de las cesantías en un fondo.
- Aportes a pensión.
- Horas extras diurnas y nocturnas.
- Indexación.

También, deprecia el pago de las costas procesales y se falle bajo los principios ultra y extra petita.

2. Las suplicas que anteceden, hallan respaldo en lo que sigue:

- Manifiesta el accionante que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el administrador de la propiedad horizontal Edificio RSK, en su momento, Emironel Valverde, desde el 20 de enero de 2007 hasta el 26 de agosto de 2018, para desempeñarse en el cargo de celador del edificio RSK.

- Expresa que el horario de trabajo era en turnos de 24 horas, de 7:00 am a 7:00 Am del día siguiente, todos los domingos.
- Señala que el salario devengado durante toda la relación laboral fue de \$200.000 mensuales.
- Relata que, durante la vigencia de la relación laboral, la demandada nunca le canceló las acreencias laborales a que tenía derecho, como tampoco lo afilió al sistema de seguridad social en salud y pensión, ni consignó sus cesantías en un fondo.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

3. Admitida la demanda, y notificada en legal forma, la accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento de que, entre las partes, no existió contrato de trabajo, por tanto, no le adeuda rubro laboral alguno al actor.

Asimismo, señala que es imposible haber contratado al demandante para realizar la labor deprecada, en razón a que, en los términos de decreto 356 de 1994 y decreto 2187 del 2001, únicamente se puede prestar por empresas de vigilancia, y no por personas naturales sin la debida actitud laboral para ello.

Propuso como excepciones de mérito las de *falta de causa para demandar, inexistencia de la relación laboral, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y la innominada o genérica.*

5. Efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO.

Mediante sentencia de fecha 15 de julio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la relación laboral; en consecuencia, absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda. Por último, impuso condena en costas a cargo de la parte actora y a favor de la accionada.

Como sustento de su decisión, sostuvo que la parte incoante no logró probar siquiera la prestación personal del servicio. Además, señala que, si bien, se aporta como prueba una certificación emitida por Emironel Valverde, éste resultó ser familiar del accionante, por lo que, consideró que la tacha de sospecha propuesta por la demandada, frente al documento, resultaba procedente; sin que pudiera acreditar al menos la prestación personal del servicio a través de otra prueba. Adicionalmente, resalta el hecho de que, aun aceptando como prueba dicho documento, con este no se prueba que existió una prestación del servicio, pues, el mismo solo dice que, “a partir del 01 de enero de 2007 hará parte de la nómina”; empero, no logra demostrar que prestara el servicio en los términos que allí fue anunciado.

De otra parte, le restó mérito probatorio al único testigo traído al proceso, tras evidenciar en su declaración, una enemistad de parte del testigo con la representante legal de la accionada, aunado a la serie de contradicciones que hubo en su dicho.

Por consiguiente, concluyó el A quo expresando que existía una orfandad probatoria, incumpliendo el demandante con la carga de la prueba, pues no se probó al menos la prestación personal del servicio, para así dar aplicación a la presunción del artículo 24 del CST.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme de la decisión tomada por el Juez de instancia, el vocero judicial de la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación, expresando que sí quedó demostrado que el señor Luis Eduardo trabajó para la señora Karen Salleg, pues ella afirmó conocerlo. Además, menciona que los turnos que realizaba eran todos los domingos desde el año 2007 hasta el 28 de agosto de 2018, cuando él presenta la renuncia ante la señora Karen, quien asegura poseer esa renuncia.

También, sostiene que quedó demostrado que el demandante devengaba como salario la suma de \$200.000 mensuales, y que recibía órdenes

de parte de la administradora del edificio RSK, representado por la señora Karen Salleg, última administradora con la que el actor trabajó.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia las partes guardaron silencio, sin presentar alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Problema jurídico

2. El problema jurídico en esta instancia radica en determinar, (i) si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, en el interregno comprendido entre el 20 de enero de 2007 y 26 de agosto de 2018; en caso afirmativo, (ii) estudiar las acreencias laborales deprecadas con la demanda.

- **De la existencia de contrato de trabajo.**

3. Cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo resulta necesario darle aplicación a los artículos 22 y 23 del C.S.T., los cuales definen y establecen los elementos esenciales del contrato de trabajo como son: **(i)** La actividad personal del trabajador, **(ii)** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **(iii)** Un salario como retribución del servicio; determinando que una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., señala que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Y jurisprudencialmente tiene sentado la Corte en su Sala de Casación Laboral que, para que esta presunción se active le corresponde al trabajador acreditar la prestación personal del servicio para así predicar la existencia de una relación de trabajo.

Aunado a ello, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por la terminación del vínculo, entre otros **(sentencia SL-16110, 4 nov. 2015, rad. 43377)**.

No obstante, procederá la Sala a auscultar los elementos de prueba aportados y debidamente practicados en el proceso, a fin de determinar si se encuentra acreditada la relación laboral entre las partes, dentro del interregno pretendido.

Como prueba documental aportada al proceso, con la que la parte demandante pretende acreditar el vínculo contractual deprecado, reposa un escrito dirigido al señor Luis Eduardo Espeleta Fabra, emitida por Emironel Cesar Valverde Espeleta, en el que se dice lo siguiente: *"por medio del presente me permito informarle que a partir del día 20 de enero del presente año hace parte de la nómina de administración del edificio RSK, realizando turno dominical completo de cada semana o el día de descanso de los vigilantes"* (Folio 03 del archivo PDF 02 de anexos de la demanda). Documento que fue, en su oportunidad, desconocido por la parte demandada, y al que el Juez A quo le restó mérito probatorio.

De otra parte, se recepcionó el testimonio del señor Emironel Cesar Valverde Espeleta, tachado de sospechoso por ser primo del demandante, quien manifestó que, el día 20 de enero de 2007, como administrador del edificio RSK, mediante oficio le comunica al señor Espeleta Fabra que a partir de esa fecha ingresaría ser parte de la nómina de la administración del edificio, para realizar los turnos dominicales los días domingos; sin embargo, cuando se le interrogó sobre la fecha de terminación del contrato, este manifestó desconocerla. También, el testigo indicó que los propietarios, en asamblea, hicieron cambio de administrador, primeramente, afirmó que, en el mes de mayo, y luego dijo que, en agosto, del año 2008. Adicionalmente, sostiene que en el mes de junio de 2012, compró una oficina en el edificio RSK.

Relata el testigo una serie de diferencias personales que presentaron con la actual administradora, señora Karen Salleg, afirmando haberla citado en varias ocasiones ante dos centros de conciliación, en Cámara de Comercio y Consultorio Jurídico de la Universidad del Sinú, y realizó denuncia ante la Fiscalía por fraude procesal, por inconvenientes que se presentaron cuando la

señora Karen Salleg tomó la administración del edificio.

De igual manera, cuando se le interrogó sobre si con anterioridad a la vinculación del demandante, conocía al señor Luis Eduardo Espeleta, afirmó que lo conocía de toda la vida, por ser primos hermanos.

Pues bien, inicialmente, de las anteriores documentales, no se extrae la existencia de una relación laboral entre el señor Luis Eduardo Espeleta y la accionada. Si bien el documento corresponde es a una comunicación donde se le informa su ingreso en la nómina de la administración del edificio, para realizar turnos dominicales, el mismo no da certeza que, en efecto, el actor hubiese prestado dicho servicio los días domingos, a partir del 20 de enero de 2007.

De igual manera, la declaración del testigo Emironel Cesar Valverde Espeleta, primeramente se torna sospechosa por ser primo del accionante, y, en segundo lugar, tal como lo advirtió el Juez A quo, en su testimonio se notaba la discordia que existe con la señora Karen Salleg, actual administradora del edificio RSK, debido a los diferentes inconvenientes que presentaron luego que ésta tomó la administración; no obstante, estas circunstancias, a juicio de esta Sala, lleva a determinar que su declaración carece de imparcialidad.

Adicionalmente, el testigo se contradice con el mismo dicho del demandante, quien en su interrogatorio de parte manifestó que con anterioridad a su vinculación laboral con el edificio RSK, no conocía al señor Emironel Valverde, sino que su contacto vino a ser cuando inició a laborar; empero, el testigo expresó que conocía al demandante de toda la vida, por ser primos hermanos. Por consiguiente, la Sala le resta mérito probatorio a su deposición.

De otra parte, tampoco comparte esta Corporación la posición de la censura en su alzada, pues, el hecho de que la administradora del Edificio RSK, Karen Salleg, hubiese manifestó haber conocido al demandante, ello no es indicativo de una confesión que lleve a determinar que entre estos existió una relación laboral, máxime que ella manifestó conocerlo por haber contratado unos servicios con la empresa Vidrios Nacional, y el demandante hacía parte de esta empresa.

Ahora, aun aceptando el documento presentado, así como la declaración del testigo, los mismos no logran quebrar la decisión del Juez de primera

instancia, habida cuenta que, aun teniéndose como fecha de inicio de la relación laboral el día 20 de enero de 2007, no milita al interior del proceso prueba del extremo temporal final, pues, el documento aportado como prueba del vínculo contractual no lo indica, y el testigo, según su propio dicho, solo fue administrador hasta el año 2008, por lo que no puede dar fe de las circunstancias que rodearon el contrato de trabajo con posterioridad a dicha anualidad, máxime que expresamente manifestó no conocer la fecha en que el actor presentó su renuncia.

Por consiguiente, según lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (**Vid. CSJ SL872-2023**), y si bien, los extremos laborales pueden ser establecidos de forma aproximada, cuando se tenga la seguridad sobre la prestación del servicio en un mes o año específico (**Vid. CSJ SL905-2013**), ello no acontece en el presente proceso, toda vez que no se logró probar siquiera el año de terminación de la relación laboral pretendida, supuesto que es necesario para la procedencia de las obligaciones laborales.

4. Corolario de todo lo anterior, no le queda otro camino a esta Sala de decisión que confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes. No se impondrá condena en costas por no haber réplica de parte de la accionada.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-005-**

2020-00059 Folio 280 -2022, promovido por **LUIS EDUARDO ESPELETA FABRA** contra **PROPIEDAD HORIZONTAL EDIFICIO RSK**.

SEGUNDO. Sin Costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 001 2020 00182 01 FOLIO 183-2022

Aprobado por Acta N. 70

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver la apelación formulada contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **OLGA PATRICIA NUÑEZ VERGARA** contra **BANCO DE LAS MICROFINANZAS BANCAMIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La promotora solicita que se declare que entre ella y la entidad demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 06 de diciembre de 2011 hasta el 21 de agosto del 2020.

Se declare la nulidad y/o la ilegalidad de la diligencia de descargos o proceso disciplinario realizado el día 13 de agosto de 2020, por parte de la empresa demandada en su contra.

Asimismo, que se declare que la terminación del contrato de trabajo se dio sin justa causa.

En consecuencia, se ordene a la entidad encausada BANCAMIA S.A., a cancelar a su favor la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el salario promedio del último año laborado, que lo fue la suma de \$4.073.944.

De otra latitud, pidió que se condene a la entidad crediticia confutada, al pago de cualquier otra prestación social o indemnización distinta a las solicitadas en la presente demanda, que se prueben dentro del proceso, es decir, ultra y extrapetita, en aplicación a la facultad legal consagrada en el artículo 50 del C.P.L.

RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2020 00182 01 FOLIO 183-22

Por último, que se condene a BANCAMIA S.A., a pagar las costas del presente proceso y se indexen los valores reconocidos.

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

- Cuenta la actora que se vinculó laboralmente con la demandada BANCAMIA S.A., a través de contrato de trabajo a término indefinido, desde el 06 de diciembre de 2011 y hasta el 21 de agosto del 2020, cuando se le dio por terminado su contrato alegando "Justa causa" por parte del empleador.
- Indica que el último cargo desempeñado por ella, fue el de coordinadora de desarrollo productivo, en donde devengaba un salario básico mensual de \$3.471.900, más bonificaciones. Que para el último año laborado, el salario promedio devengado fue de \$4.073.944
- Manifiesta que mediante Oficio del 30 de diciembre de 2019, BANCAMIA S.A., le comunicó que a partir del 1 de enero de 2020 y hasta el 31 de enero de 2020, quedaría encargada como GERENTE DE OFICINA, en la ciudad de Montería, por motivo de encargo del titular y, que para este cargo no le realizaron ninguna inducción o acompañamiento por parte del banco para asumir las funciones propias del mismo.
- Advierte que en el año 2017, se le capacitó fue para el cargo de coordinador de desarrollo productivo y que aunque este cargo tiene funciones afines con el cargo de "gerente", no desarrollan en su totalidad las mismas labores.
- Dice que entre las funciones que le corresponden al coordinador de desarrollo productivo, no está la de ingresar a la bóveda del banco, realizar arqueos o contar efectivo.
- Informa que el día 31 de enero de 2020, realizó la entrega formal del puesto de gerente que le fue encargado y el respectivo arqueo de caja sin ninguna novedad.
- Señala que mediante citación del día 06 de agosto de 2020, se le indicó que se realizaría diligencia de descargos el día 13 de agosto de 2020.
- Esgrime que la entidad accionada BANCAMIA S.A., manifestó en la citación de descargos que el día 9 de julio de 2020, se realizó un arqueo virtual a la oficina Montería Principal, en el cual se evidenció un faltante por \$155.000.000 y, que luego de las validaciones adelantadas por auditoria a finales de julio, es cuando dice percatarse de las presuntas faltas cometidas por ella.
- Continúa diciendo que en la misma citación, le pusieron de presente unas imágenes, "*supuestamente*" capturadas de unos videos en el interior de la bóveda del banco, con los cuales la demandada sustentaba las faltas que se

le imputaban: *"no ingresar a bóveda a realizar los arqueos sorpresivos específicamente los días 11, 17, 23, 28 de enero de 2020."*

- Arguye que según el inc. A, artículo 52 del reglamento interno de BANCAMIA S.A., *"Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al conocimiento por parte de Bancamía de los hechos y/o situaciones que se ventilarán, Bancamía procederá a citar al trabajador a diligencia de descargos, informándole los motivos de la misma y advirtiéndole que podrá asistir en compañía de dos compañeros de trabajo o de dos representantes de la organización sindical a la cual pertenezca"*.
- Refiere que la demandada ha tenido en su poder los videos con los cuales imputó las supuestas faltas cometidas, desde el mes de enero de 2020, siendo citada a descargos solo 7 meses después.
- Advierte que el reglamento interno de BANCAMIA S.A., establece en su artículo 54 en su parte final que: *"No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el presente Capítulo"*.
- Explica que en la misma citación a descargos, se manifiesta que *"En la diligencia de descargos, puede controvertir las pruebas que se adjuntan, y presentar las que considere viables"*, que ella mediante correo electrónico solicitó a la dependencia de SEGURIDAD BANCARIA, el 10 de agosto de 2020 y a EDILIA AMPARO BARRERA MUÑOZ, del área de gestión humana, el 11 de agosto de 2020, los videos de la bóveda comprendidos entre el 1 y 31 de enero de 2020, con el fin de verificar los cargos imputados y poder ejercer su derecho a la defensa.
- En consecuencia, señala que la primera le respondió que ese requerimiento, según el caso de descargos, debía ser solicitado directamente por parte del área de gestión humana y, la segunda, contestó que no era posible ya que esta solicitud se debía tramitar al área de seguridad, bajo los protocolos que la entidad tuviera definidos y dadas las restricciones, la seguridad debía tramitar la aprobación del requerimiento con otras áreas del banco.
- Debido a lo anterior, manifiesta que se le violó el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa al no permitirle acceder a la prueba con la cual Bancamia S.A., fundamentaba los cargos imputados, para así poder controvertirla.
- Esboza que el día 10 de agosto de 2020, solicitó vía correo electrónico a DIANA CRISTINA LOPEZ ALZATE, analista de gestión humana, los manuales de funciones de los cargos de coordinador de desarrollo productivo y de gerente, además las evidencias de las capacitaciones como gerente de oficina que ella tuviera, con el fin de poder controvertir los cargos imputados, en donde, ese mismo día le fue contestada la solicitud, indicándosele que los manuales de funciones los podía descargar de la cadena de valor, con respecto a los soportes de las capacitaciones de gerente que solicitó, no le fueron enviadas.
- Advierte que no pudo tener acceso a los manuales solicitados, pues su usuario no estaba habilitado para acceder al sistema.

- Expresa que se le violó el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa, al no suministrarle los manuales de los cargos solicitados y los soportes de capacitaciones de gerentes peticionados, para poder ejercer su derecho a la defensa.
- Indicó que la citación a descargos no cumple con lo preceptuado en el manual de política disciplinario y ético numeral 7.4, pues no se adjuntó la prueba de los videos, no se le informó el tiempo para controvertir las pruebas y la posibilidad de suspender la diligencia.
- Por último, manifestó que no autorizó o facultó a la demandada para ser grabada tal como lo estipula el manual de política disciplinario y ético en el numeral 7.8."

3. Trámite y contestación.

Notificada en legal forma la parte demandada, señaló en lo referente a los hechos que, algunos son ciertos, otros no y otros no son hechos. No se opuso a la primera pretensión indicando que, en efecto, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 06 de diciembre de 2011 hasta el 21 de agosto de 2020, contrato que finalizó con justa causa imputable a la demandante. Y respecto a las demás pretensiones, si presentó oposición.

Como excepciones de fondo propuso las de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; Y BUENA FE.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante proveído de fecha 12 de mayo de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería -Córdoba, puso fin a la primera instancia, declarando no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

En consecuencia, declaró que entre la demandante OLGA PATRICIA NUÑEZ VERGARA y la parte demandada BANCO DE LAS MICROFINANZAS BANCAMIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 6 de diciembre de 2011 hasta el 21 de agosto de 2020, el cual culminó de forma unilateral por parte del empleador y sin que existiera una justa causa para ello.

Así pues, condenó a la entidad accionada a pagar a la demandante, por concepto de indemnización por despido injusto, la suma de \$21.320.038.

En razón de lo anterior, condenó a BANCAMIA S.A., a pagar la suma antes indicada, debidamente indexada, desde el momento en que terminó la relación laboral, es decir, desde el 21 de agosto de 2020, hasta que se efectúe el pago de la obligación, utilizando la fórmula $V_r = V_h \times \text{IPC final} / \text{IPC inicial}$.

Finalmente, condenó en costas a la entidad crediticia encartada.

Como argumentos de su decisión, en primer lugar, citó los artículos 22 y 23 del CST los cuales definen y establecen los elementos del contrato de trabajo. Así también, cita el artículo 24 *ibídem*, que trata sobre la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

Explicó que de acuerdo con los documentos visibles a folios 15, 63 a 69, 170, 172, 274 a 282 y 291, que corresponden a los certificados laborales emitidos por la empresa, la historia laboral de cotizaciones a pensión, el contrato de trabajo y la carta de terminación de la relación laboral, no existe duda que, entre la demandante y la empresa accionada, existió un contrato de trabajo desde el 06 de diciembre de 2011 hasta el 21 de agosto de 2020, además, así lo aceptó la convocada al contestar la demanda.

En cuanto a la nulidad o ilegalidad del proceso disciplinario, indicó que no es posible hablar de esta en la investigación disciplinaria adelantada por la empresa. Para sustentar ello trajo a cuento lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15245-2014 del 05 de noviembre de 2014, con radicación n.º45148, reiterada en la sentencia SL2816-2019, en donde estipula que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

Así pues, indicó el *A Quo* que, al revisar el reglamento interno de BANCAMIA S.A., obrante a folios 299 a 358, se puede advertir que se regula lo atinente al proceso disciplinario y sus acciones desde el art. 51 al 56; en el primero de ellos se establecen los efectos disciplinarios del incumplimiento en el cual se dice que la empresa BANCAMIA, no puede imponer sanciones no previstas en ese reglamento, en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o contratos de trabajo, art. 114 del C.S.T., en el art. 52 se establecen condiciones para adelantar el proceso disciplinario como son los términos para adelantar el mismo, en el art. 53 se fijan las sanciones que podrá imponer Bancamia a sus trabajadores que van desde una sanción equivalente a la decima parte del salario hasta 2 meses de suspensión.

En el art. 54 se establecen los criterios para la imposición de las sanciones, art. 55 quienes son los competentes para interponer las correspondientes sanciones, el art. 56 dispone las decisiones que no constituyen sanciones disciplinaria, denotándose de ellas que no existe una norma que establezca como sanción el despido del trabajador, como tampoco existe una norma que disponga un procedimiento previo para tal actuación, y, por el contrario, lo que se extrae del art. 56, es que no constituye sanción disciplinaria la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, determinando que no se viola el debido proceso o el derecho de defensa de la demandante, cuando se tiene que dicho proceso disciplinario es innecesario, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia o ilegalidad del despido, debiéndose estudiar es si se configura o no la justa causa para despedir a la demandante.

En consecuencia, frente a la terminación del contrato esgrimió que, con la carta de terminación del contrato de trabajo, visible a folios 274 a 282 del expediente, de fecha 21 de agosto de 2020, queda demostrado que quien dio por terminada la relación laboral, de forma unilateral, fue la empresa demandada BANCO DE LAS MICROFINANZAS BANCAMIA S.A, en donde indicó como razones las siguientes:

"1. Para cuatro (4) arqueos sorpresivos reportados en el aplicativo, no se observó que se ejecutara físicamente dicha actividad. No se evidenció ingreso de la coordinadora de desarrollo productivo para realizar el conteo en ninguna hora del día: enero 28, 23, 17 y 11.

La Coordinadora de Desarrollo productivo, no ingresa a la bóveda a realizar arqueos reportado en aplicativo.

2. El arqueo del 14 de marzo de 2020, fue realizado por parte de la Coordinadora de Desarrollo Productivo Olga Nuñez Vergara conjuntamente con la Coordinadora de Oficina Berta Milena Montiel Vaquero. Se evidenció que los fajos contados en la máquina no corresponden al saldo de efectivo de la oficina. El arqueo en el aplicativo synergy fue reportado con el Usuario del Gerente Eder Alberto Arroyo Montesino.

3. En el libro de bóveda en el cual se registra el saldo de efectivo de la Oficina, se observan las siguientes firmas (5) de la Coordinadora de Desarrollo Productivo como encargada, en las fechas en las cuales se reportaron arqueos ordinarios y extraordinarios, entre enero 1 y julio 4 de 2020, a saber: 31, 28, 23, 17 y 11 de enero de 2020.

Arguye el juez de primer grado, que, para soportar los hechos señalados en la carta de despido, la parte demandada aporta a folio 176 del expediente, la comunicación que se le hizo a la demandante, del encargo como gerente de la oficina, situación de la cual no queda duda por la manifestación de la parte accionante, en su demanda y de la parte demandada al contestar la misma.

Que, asimismo, la demandada aporta a folios 185 a 248 informe de auditoría, en el que se basa para tomar la decisión de despido, a folios 266 a 273 diligencia de descargos, a folios 287 a 289 manual de funciones de GERENTE DE OFICINA y a folios 299 a 507 del expediente, reglamento interno de trabajo, manual de prácticas no autorizadas, manual de manejo de efectivo, manual de política disciplinario y ético, código de conducta y sistema de administración de riesgo de crédito.

Así pues, al ser revisado el informe de auditoría visible a folios 185 a 248 del expediente, se observó que en el mismo se tuvieron como pruebas las siguientes: los videos de seguridad de la oficina del banco, el registro de los números de flujos de trabajo, registrados en las bases de datos de synergy, slot de las bases de datos del reporte bancario, los videos de seguridad de la bóveda, el libro de bóveda y soporte de arqueos ordinarios y extraordinarios, el marco normativo relacionado con el manejo de efectivo, entrevistas escritas y verbales con algunos colaboradores, la información respecto al movimiento de personal para los cargos de gerente de oficina citados por la oficina de talento humano donde se evidenció que la demandante ejerció como gerente encargada entre el 01 de enero y 4 de febrero de 2020.

Con base en las anteriores pruebas, en dicho informe se concluyó lo que se le puso de presente a la demandante, en su carta de despido a la cual se hizo alusión, dándole el Despacho plena validez a dicho informe al no existir tacha de dicho documento, no obstante hizo las siguientes apreciaciones, específicamente en el literal A, numeral 1.5 en ese punto se dice que los arqueos de Desarrollo Productivo, no fueron ejecutados en debida forma, ya que se observaron casos en los videos de seguridad, en los cuales el arqueo de bóveda se realizaba sin hacer el último traslado de efectivo de caja a bóveda, es decir, que se hace sin el total de efectivo en bóveda, conteo del efectivo en la máquina contadora de billetes no corresponde al saldo

contable del efectivo; así mismo, en otros casos no se realizó físicamente el arqueo reportado en el aplicativo.

Y que el reporte de los arqueos de efectivo ordinarios y extraordinarios en el aplicativo synergy, la firma en los soportes físicos y en el libro de bóveda, así como los videos de seguridad, vinculan al Gerente de Oficina y la Coordinadora de Desarrollo Productivo, Coordinadora de oficina, en la ejecución inadecuada del control. Por último, se evidencia incumplimiento respecto de los reportes físicos, requeridos en las políticas por cuanto hubo formatos no diligenciados, firmas presuntamente escaneadas o no legibles.

No obstante, llama la atención al juzgador dicha conclusión, toda vez que, observando el documento visible a folios 43 a 46 del expediente, cuyas denominaciones corresponden a control de existencia en caja, resumen de movimientos bóveda sucursal y arqueo de bóveda sucursal, se puede evidenciar que en el mismo se indica que realizado el arqueo del 31 de enero de 2020, fecha en que la demandante dejaba el cargo de gerente, se dice que no se registraron novedades encontradas.

Indicó el *A quo*, que revisadas las imágenes anexadas en el informe de auditoria en la numero 11 pudo ver que para las fechas 11, 17, 23 y 28 de enero de 2020, mes en el que la demandante fue encargada como gerente y fechas que son citadas en la carta de despido, quienes ingresan a la bóveda de forma reiterada y en algunos días varias veces, son la coordinadora de oficina y una de las cajeras del banco y así se indica por el auditor en cada una de las imágenes que hacen parte del anexo, sin que en ninguna se observe que sea la demandante quien haya ingresado a la bóveda y tampoco el auditor como lo dice en sus comentarios.

De otra latitud, la situación planteada en el informe y en la carta de despido es que la demandante, como gerente encargada debió realizar el arqueo y darse cuenta de la situación que se estaba presentando, pero considera el despacho que, el hecho de no haber ingresado a la bóveda y que aparezca el arqueo reportado en el aplicativo, no indica que haya sido por culpa de la demandante, pues ello no es lo que se evidencia de las mismas pruebas analizadas en el informe de auditoría.

En gracia de discusión, esgrime el *A Quo* que esa misma conducta fue demostrada en otras fechas donde el comentario del auditor siempre estuvo acompañado de la palabra aparentemente, como si su informe se tratara de una suposición mas no de una certeza de acuerdo con las pruebas analizadas.

Por otra parte, expresa que, de las imágenes analizadas, el despacho observó como una constante, que quien entraba a abrir la bóveda era la Coordinadora de Oficina, lo cual, además de haber ocurrido en el mes de enero, también se dio el 27 de febrero, 4 de marzo, 3 de abril, 27 de junio y 4 de julio, en algunos casos con un cajero y en otros con uno diferente, pero que, siempre era esa coordinadora quien ingresaba, ya fuera a retirar dinero, o a contarlo, la cual según el mismo informe era la encargada de la distribución diaria del efectivo disponible en bóveda.

Dice que en la entrevista realizada a la coordinadora de oficina, señora Berta Milena Montiel Vaquero, por el auditor como prueba de su informe, el 9 de julio de 2020, ésta dijo que participó en los hechos que llevaron al faltante de la Oficina por valor de \$155.000.000, con conocimiento del Gerente de Oficina, Eder Alberto Arroyo

Montesino. Manifiesta la señora Berta Montiel que, empezó a sacar el dinero aproximadamente a finales del mes de febrero del año 2020, ya que el Gerente le propuso que le hiciera préstamos. Dinero que dice haber ido sacando en fajos de \$5.000.000, después de que los Cajeros le hacían entrega en caja, echando un fajo menos por el pasa fajos que da a la bóveda y escondiéndolo en el libro de bóveda que siempre llevaba para que los Cajeros le firmaran la entrega del efectivo.

Informa que posteriormente llevaba el libro a su escritorio y luego pasaba el fajo del libro a su bolso y, en la tarde, cuando salía con el Gerente, este la llevaba a su casa en su vehículo y ella le entregaba el dinero, quien le daba una parte, pero la mayoría del dinero se lo quedaba al Gerente. También indicó que nadie de la Oficina sabe o participó de los hechos y que el Gerente también le propuso la forma de sacar el dinero.

Que cuando empezaron a sacar de vacaciones al personal de la red, ambos se preocuparon con la entrega de efectivo que debían hacer a la persona que reemplazaría en sus vacaciones ya que se detectaría un faltante, pero que el Gerente de la Oficina empezó a persuadir al Gerente zonal para que no la sacara a vacaciones, que en un principio le habría dicho que si, lo que los tranquilizó un poco, pero que después el Gerente Zonal le dijo al Gerente de Oficina, que no se habían podido cancelar las vacaciones porque ya lo había reportado a la empresa que empezó a liquidar la nomina y que no era posible reversarla.

Que el Gerente le dijo que se conseguiría el dinero para la fecha de la entrega, por lo que ella esperó hasta el último momento para hacer dicha entrega, sin embargo, el Gerente de Oficina no llegó con el dinero y le tocó empezar la entrega de efectivo a su reemplazo, indica que la parte que a ella le tocó del dinero sacado, no los tenía disponible, pero desea que el Banco le de la oportunidad de pagarlos así sea a través de un acuerdo; adicionalmente dijo encontrarse muy preocupada porque el gerente de oficina la está dejando sola con el problema y que lo último que le dijo fue la preocupación que tenía sobre cómo explicar porque no había detectado el faltante en los arqueos que realizó y después de ello no se han vuelto a comunicar.

El Despacho concluyó de dicha declaración que ella indica que empezó a sacar el dinero aproximadamente a finales de febrero de 2020, lo cual riñe con la conclusión a la que llegó el auditor en cuanto a la pérdida del dinero que se inició supuestamente a partir del 01 de enero de 2020, dejando totalmente de lado la entrevista realizada a la persona directamente implicada, quien además dijo que nadie de la oficina sabía o participó de los hechos a diferencia del gerente titular de la oficina señor Eder Alberto Arroyo.

En el caso del 04 y 31 de enero de 2020, nombrados en el informe de auditoría, se advierte de los anexos que quienes entran a la bóveda son personas diferentes a la demandante, que en el arqueo del 14 de marzo de 2020, según las fechas del anexo 5, se evidencia que la coordinadora, igual que en los casos anteriores fue quien siempre abrió la bóveda, mientras que las personas que la acompañaban solo esperaban a que ella sacara o guardara el dinero, lo que da más peso a la situación narrada por Bertha en la entrevista, pues con ello queda en evidencia su participación directa en la sustracción de los \$155.000.000, como ella misma lo manifestó.

Explicó que no se puede pasar por alto que en el anexo 8 del informe, se observe que la coordinadora de oficina realizó funciones de cajera, con el usuario de la cajera titular Grecia Sofia Meza, dando cuenta una vez más de la conducta inapropiada de la Coordinadora, así mismo, en el anexo 9, se observa la evidencia de que la coordinadora de oficina ejerciendo funciones de cajera realizó operaciones en el cobre bancario.

En cuanto a la diligencia de descargos realizada a la actora, obrante en folios 266 a 273 del expediente, no podemos concluir, dijo el *A quo*, que en realidad haya cometido las faltas que le endilgan, pues solo se centró en determinar que nunca le dieron inducción teórica ni práctica en cuanto a las funciones de gerente y que todos los arqueos que realizó los hizo con ayuda de la persona con conocimiento al respecto, pero que al momento de entrar al cargo lo hizo sin ninguna novedad, además que en su cargo de coordinador de desarrollo productivo no tiene como obligaciones o funciones, las de realizar arqueos, sin que se observe en el plenario, prueba del manual de funciones de la demandante, pues dijo que es una labor de gerencia.

Concluyó el despacho que los hechos motivo de despido no se encuentran probados por la parte demandada, pues el informe de auditoria bajo las anteriores consideraciones, pierde todo el peso probatorio.

En cuanto al interrogatorio de partes presentado por Banca Mia, resalta el despacho de lo dicho, que al ser encargada la demandante en el cargo de gerente de oficina, no había necesidad de capacitarla en el cargo, toda vez que por políticas del banco ella hacía parte de los llamados semilleros, en los cuales permanentemente se capacitan a los trabajadores frente a los roles y funciones a desempeñar dentro del banco, manifiesta que la demandante al momento de ser informada del encargo acepta y entiende las funciones a desempeñar, no recuerda si entre la demandante y el anterior gerente de oficina, hubo empalme de funciones; sin embargo, manifiesta el Despacho que dentro el plenario no obra prueba siquiera sumaria de las capacitaciones realizadas a los semilleros al interior del Banco.

De igual forma, revisado el documento obrante a folio 176 a través del cual se notifica a la demandante sobre el encargo, no se incluye ninguna salvedad sobre el conocimiento que pudiera tener en cuanto al cargo a desempeñar.

En cuanto a la demandante, de su declaración se resalta que conoce las funciones del cargo que venía desempeñando, esto es, coordinadora de desarrollo productivo que consiste en funciones comerciales, documentos de créditos y recuperación de cartera, que desconoce a detalle las funciones del gerente de oficina, así como su manual de funciones, que sabe que en el intranet del banco se encuentran los manuales y procedimientos, sin embargo, en su momento no tuvo acceso a ello, por cuanto no contaba con las credenciales respectivas; desconoce que dentro de las funciones del gerente de oficina está la de realizar arqueos sorpresivos; que durante el encargo que tuvo en enero de 2020, no compartió sus credenciales ni tampoco reportó faltantes, por último, indicó que el encargo la tomó por sorpresa por lo que manifestó su preocupación por no conocer sus funciones a desempeñar, y se le indicó que en su nuevo rol sería apoyada por otra persona.

Considerando el Juzgado que en términos generales dicha declaración guarda congruencia con lo expuesto por la demandante en las diligencias de descargos ante la entidad demandada.

En cuanto a la testigo Edilia Barrera Muñoz, simplemente se ratifica en lo decantado con el informe de auditoría visible a folios 185 a 248, no brindando mayores elementos de juicio para probar elementos ya decantados en este proceso.

En conclusión, aduce la primera instancia que no está demostrada la justa causa alegadas en la carta de despido y, en ese sentido, se debe declarar la existencia de un despido sin justa causa imputable al empleador; y como consecuencia, declarar que la demandante tiene derecho a que la empresa demandada le pague la indemnización por concepto de despido injusto consagrada en el art. 64 del CST.

Para la liquidación de dicha indemnización se tuvo en cuenta que del 06 de diciembre de 2011 al 21 de agosto de 2020, se refleja que la demandante laboró 8 años, 8 meses y 16 días y teniendo en cuenta el salario de \$3.471.900, arrojó conforme a la descripción del art. 64 del CST., la suma de \$21.320.038, la cual se indexará.

III. RECURSO DE APELACIÓN

- **Parte demandante.**

La parte demandante, presentó recurso solo en lo concerniente valor de la indemnización, argumentado que el despacho tomó como salario el básico de \$3.471.900, y no tuvo en cuenta el salario promedio del último año, el cual quedó plenamente acreditado con la historia laboral con respecto a las cotizaciones que hacia la demandada, conforme a los salarios que ganaba por básico como por las bonificaciones contenidas.

- **Parte demandada.**

En su alzada, pidió sea revocada la sentencia confutada en todos los aspectos adversos a esa entidad bancaria.

Expresa que con respecto a la condena impuesta del pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, se encuentra plenamente probado dentro del trámite de primera instancia, que la señora Olga Núñez, incurrió en una falta grave que dio lugar a una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Advierte que la demandante laboró para el banco desde el 06 de diciembre de 2011 hasta el 21 de agosto de 2020, con contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando las funciones de coordinador de desarrollo productivo, la cual ha sido capacitada para todas y cada una de las funciones que le han sido asignadas, adicionalmente, todos los trabajadores de la compañía pueden acceder a los manuales de funciones de cada uno de los cargos y dentro de sus obligaciones contractuales se encuentra la de actualizarse con respecto a los manuales del banco

tal y como lo establece el art 47 del reglamento interno de trabajo en sus #51 y #62.

Asimismo, precisa que dentro de la empresa se encuentra establecido un plan de carrera o semillero para los trabajadores y, en consecuencia, dada la experiencia de la señora Núñez, en el cargo y el desempeño en anteriores encargos, fue que se tomó la decisión de encargarla de algunas funciones propias del cargo de gerente de oficina; que al encontrarse vinculada desde 2011, es decir, aproximadamente, 9 años al servicio de la compañía, no puede ahora indicarse que desconoce por completo sus funciones como Coordinador de Desarrollo Productivo y las de Gerente de Oficina, incluso, se precisa que es un argumento temerario que se encuentra en la demanda, al manifestar que desconocía los roles que desempeñan dentro de una oficina, en una entidad financiera en la que lleva laborando más de 9 años.

Indicó que ambos cargos ostentan un nivel de responsabilidad importante dentro del funcionamiento de la oficina con funciones afines y para las que la actora se encontraba plenamente capacitada tal y como, incluso, lo confesó durante su diligencia de descargos.

Explicó que todos los trabajadores cuentan con un usuario y contraseña para poder acceder a los manuales de funciones y cumplir con su obligación de actualizarse permanentemente, conforme lo contempla el reglamento interno de trabajo.

Con respecto al informe de auditoría, indicó que según lo expuesto por el Juzgado, el mismo no advierte la falta cometida por la trabajadora, siendo que es importante explicar que los hechos de un proceso disciplinario parten de un supuesto que después se demuestra y se prueba durante la diligencia de descargos. Que en tal sentido, es incorrecto aducir que el comentario del auditor siempre estuvo acompañado de “aparentemente” como si se tratara de presunciones y no de certezas, reiterando que a través de la diligencia de descargo, se aclaran los hechos y con base en las pruebas se da por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siendo ello lo que sucedió, pues hubo una auditoria de un area totalmente externa a la de la oficina de Montería y a la de gestión humana, y que por sus funciones, evaluaron el manejo de la oficina, encontrándose unos hallazgos y se reportaron esas irregularidades ante el área de gestión humana para que fueran ellos quienes a través de procesos disciplinarios aclarasen la situación en que podrían estar inmersos en esa investigación, porque la auditoria parte de hallazgos y no puede indicar que todo es exclusivamente culpa de un trabajador, por eso se da la oportunidad de llamarlo a descargos, cosa que incluso, como lo mencionó el Juez no es una obligación de la compañía, además explica que la trabajadora no manifestó algún argumento suficiente o válido para desvirtuar todos los soportes documentales contables, entrevistas y auditorias.

También explicó que no se observa que la demandante haya ingresado a la bóveda, pues esta debió hacer el arqueo y darse cuenta de la situación y el hecho de no haber ingresado a la bóveda, indica que omitió su responsabilidad como gerente de oficina de estar pendiente o de realizar el respectivo control del arqueo de bóveda

Afirma que, el juez da plena validez al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, aduciendo que este se encuentra acorde con lo expresado en la diligencia de descargos, pero que esto no significa una declaración, sino que lo único

que se debe tener en cuenta es lo susceptible de confesión, no pudiendo hacer de su dicho una prueba.

Así pues, expone que el fallador omite por completo realizar la valoración del testimonio de la señora Edilia Barrera y del interrogatorio de parte del representante legal de la compañía, no percatándose el Juzgado de que la señora Barrera, en su calidad de testigo, precisó de manera clara, cuáles fueron las faltas cometidas concretamente por la señora Núñez, precisando que la señora Edilia Barrera, fue quien participó en la auditoria, conociendo de primera mano las irregularidades presentadas por la demandante e informando tales situaciones al área de gestión humana, manifestando expresamente cuales fueron las irregularidades, los montos, indicó que la señora Núñez, no fue la única persona que se vio involucrada en estos hallazgos, que habían más personas y que incluso hay denuncias penales frente a algunos ex trabajadores por haberse apropiado de dineros .

De igual forma, arguye que no entiende los motivos por el cual el A Quo da plena validez a la declaración de la señora Berta Montiel, pues ella era quien desempeñaba las funciones de Coordinadora de Oficina, en el mes de enero de 2020 y es una de las personas que fue denunciada ante la justicia penal.

Finalmente, manifiesta que en el acervo probatorio reposa suficiente material probatorio, que demuestra la omisión de las funciones de la demandante, que si bien está claro, no se esta hablando de ninguna apropiación de dinero, si se está advirtiendo que ella omitió su responsabilidad de realizar el control y que a pesar de haberlo omitido, ingresó al sistema donde se reportan los arqueos diarios, semanales y mensuales dejando registrado que se habían realizado los arqueos, cuando de conformidad con el soporte de la auditoria, se evidencia que no se realizó ningún arqueo y que incluso, cuando se efectuaron los arqueos, el valor reportado no coincide con los fajos de dinero que se evidenciaron en las imágenes que se encuentran dentro del acervo probatorio.

Refiere que los arqueos de efectivo, se deben realizar por parte del colaborador responsable de la bóveda, por parte del gerente de oficina y la coordinadora de desarrollo productivo, indicándose por la auditoria que para enero de 2020, no fueron ejecutados en debida forma, ya que se observó en los videos de seguridad, casos en los que el conteo de efectivo en la maquina contadora de billetes es inferior al saldo contable del efectivo, así mismo, en otros casos no se realizó físicamente el arqueo reportado en el aplicativo.

Aduce que el reporte de los arqueos de efectivo ordinarios y extraordinarios en el aplicativo synergj, la firma en los soportes físicos y en el libro de bóveda, así como en los videos de seguridad, vinculan al gerente de oficina y a la coordinadora de desarrollo productivo, en la ejecución inadecuada del control, coincidiendo los soportes fílmicos con las fechas en las cuales la señora Núñez, se encontró como encargada de gerente de oficina.

Explicó que los arqueos ordinarios y extraordinarios que se deben realizar a todo el efectivo disponible en bóveda, tiene como objetivo garantizar que las existencias de efectivo, se encuentren acorde al saldo arrojado por el sistema y está definido en la normatividad interna del banco, concretamente en el manual de manejo de efectivo, en el proceso de piso PSFAO 460 de efectivo en oficinas, manual de cuadre diario

de oficina, MPF ANEXO a instructivo para el diligenciamiento del libro de bóveda; encontrándose demostrado que la compañía tiene normas concretas y tiene lineamientos, guías o directrices para el arqueo de efectivo en oficinas y que a pesar de eso, se evidenció este hallazgo que puso en riesgo, claramente los recursos económicos de la compañía y que esa puesta en riesgo, se dio con ocasión de una omisión de la actora, para el periodo de enero de 2020.

Esboza que diariamente la Coordinadora de oficina debe realizar la distribución del efectivo disponible en bóveda en los 3 primeros compartimentos internos de la siguiente forma: compartimiento numero 1, 20% del efectivo, en los compartimentos 2 y 3, el 40% en cada uno de ellos y teniendo en cuenta la omisión de controles, según la auditoria era probable que la falta de efectivo reportada el 09 de julio de 2020, por valor de \$155.000.000, haya sido extraído de la oficina de una manera sistemática en el tiempo, siendo de conocimiento de la coordinadora de oficina Bertha Montiel Baquero, como responsable de la bóveda y razonablemente se puede inferir que también del gerente de oficina Eder Montesino, como responsable de ejecutar el control de los arqueos ordinarios y extraordinarios durante los últimos meses, así como de la gerente de oficina encargada para el mes de enero de 2020, señora Olga Núñez.

Advierte que sopesando las manifestaciones de la actora y los soportes de la auditoria, así como verificando cada una de las obligaciones que debía ella haber cumplido y de las prohibiciones de las que debía abstenerse de incurrir, se tomó la decisión de terminar el contrato con justa causa e incluso la carta de terminación del contrato de trabajo es suficientemente detallada, manifestándosele una a una las conductas en las que incurrió, las faltas que se configuraron, el tramite del proceso disciplinario y las normas violadas.

Reitera que la señora Edilia Barrera, acudió a la audiencia para brindar su declaración respecto de la auditoria, manifestando que dicha auditoria dio cuenta de unos hallazgos y que concretamente manifestó cuales habían sido las causas de esos hallazgos, involucrando directamente a la señora Olga Núñez, no entendiéndose porqué se determinó en primera instancia que la auditoria se basó en probabilidades y presunciones, no dando cuenta de la responsabilidad de la actora, cuando la misma persona que realizó la auditoria y que hizo parte de ese proceso, viene a declarar que fue al señora Olga, la que tenía esa responsabilidad durante el periodo de tiempo comprendido en enero de 2020 y que debido a su omisión, fue que se generaron esos riesgos.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- **Parte demandante**

El apoderado judicial de la actora alegó conclusivamente, reiterando lo expresado en su recurso de alzada.

- **Parte demandada**

La apoderada judicial de BANCAMIA S.A., alegó de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. A fin de solventar la alzada, es menester examinar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo con lo previsto en el art. 66A del C.P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si erró el *A quo* al determinar que la terminación del contrato de trabajo de la señora OLGA PATRICIA NUÑEZ VERGARA, fue sin justa causa atribuible al empleador, de no ser así **ii)** si la liquidación del pago de la indemnización por despido injusto, debió realizarse con salario distinto al tomado por el Juez de Primera instancia.

3. Aspectos que no son objeto de debate en el proceso.

De acuerdo con lo planteado en el asunto que nos convoca, se mantienen incólume los siguientes supuestos de hecho, en atención a que se encuentran debidamente acreditados y no fueron objeto de reproche o censura dentro del recurso vertical en estudio:

- i) No se discute la existencia de una relación laboral entre las partes.
- ii) Que el contrato de trabajo se dio por terminado de manera unilateral por parte del empleador el día 21 de agosto de 2020.

4. Frente al despido sin justa causa

Pues bien, para resolver el *quid* del asunto, es menester señalar que de acuerdo con lo enseñado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para determinar si la terminación de la relación laboral obedeció o no a una justa causa, debe acreditarse primeramente por parte del trabajador, el hecho del despido, transportándose, en consecuencia, la carga de la prueba al empleador, quien debe demostrar que dicho rompimiento rinde culto a una justa causa. **(Vid. CSJ SL3403 de agosto 21 de 2019, Rad. 51472, MP. Jorge Prada Sánchez).**

Que, para el caso de marras, el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de despido obrante a folio 55, así como con la confesión espontánea que se realiza en la contestación de la demanda. En consecuencia, corresponde examinar si, en efecto, se configuró la justa causa de despido que alega la parte accionada.

Ahora bien, lo primero que ha de advertir la Sala es que tal y como lo indicó el *A quo*, en el presente asunto no podemos hablar de ineficacia del despido por violación a derecho alguno dentro de proceso disciplinario, pues como de forma reiterada lo ha dicho el Alto Tribunal Laboral, la finalización del contrato de trabajo no corresponde a una sanción disciplinaria a menos que ello haya sido pactado por las partes, situación que en el *sub examine* no se configura, pues si bien dentro del reglamento interno en el acápite de “escala de faltas y sanciones disciplinarias” se

establece el trámite del proceso disciplinario, lo cierto es que en este no se determina que la terminación del vínculo laboral sea considerada una sanción, por el contrario, del art. 56 de dicho documento, se puede leer claramente que no se considera sanción disciplinaria “la terminación unilateral del contrato con justa causa”, situación que tampoco se encuentra acordada dentro del contrato de trabajo suscrito por las partes y aportado en el plenario, así como tampoco fue allegada convención o pacto colectivo de la cual se solicitara su aplicación a la actora y diera cuenta de tal situación.

Sobre el asunto, y más recientemente, la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia **SL66-2023**, dijo:

"En consecuencia, se insiste, la ruptura de la relación laboral obedeció a que la entidad empleadora encontró la tipificación de una justa causa, concretamente el desconocimiento de las obligaciones especiales consagradas en el CST, en el reglamento interno de trabajo y en la cláusula sexta del contrato de trabajo.

Aquí resulta necesario acotar que la simple alusión a normas que consagran el procedimiento previo para la imposición de sanciones, o la citación del trabajador a descargos, por sí solo, no convierten la actuación en un proceso disciplinario propiamente dicho, pues para que esto ocurra, debe estar pactado entre las partes que la finalización del vínculo laboral corresponda a una sanción.

*Así las cosas, lo que demuestra la misiva bajo análisis es que la empresa escuchó al trabajador con miras a verificar su actuar y establecer si este justificaba la terminación del contrato laboral, tanto que aludió a que el procedimiento culminó con la «**TERMINACIÓN UNILATERAL CON JUSTA CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO**».*

Vale decir que, a pesar de que la citación a descargos y la realización de dicha diligencia dieran la apariencia de que la terminación contractual se ancló en el trámite de un proceso disciplinario, lo cierto es que aquel no se surtió.

De tal suerte que el Tribunal sí incurrió en error al afirmar que de este documento se derivaba que el despido obedecía a una sanción; pues no realizó el análisis íntegro y sistemático de las razones esgrimidas por la empresa ni de las normas que se invocaron al trabajador para desentrañar la verdadera figura a la que acudió la sociedad empleadora para no continuar ligada contractualmente con aquel.” (Subrayas nuestras).

Una vez aclarado lo anterior, analizaremos la justeza del despido o no de la actora, para ello lo primero que ha de anotarse es que, a folios 274 al 282, obra la carta de terminación del contrato de trabajo, en donde a la actora expresamente se le dijo:

"DECISIÓN

De la investigación adelantada por parte de la compañía y partiendo de sus manifestaciones en diligencia de descargos, podemos concluir que usted incumplió de manera grave las obligaciones y prohibiciones legales y contractuales propias de su cargo.

Lo anterior, teniendo en cuenta como primera medida; el incumplimiento de sus principales funciones como colaboradora de Bancamía, especialmente durante su encargo como Gerente de la oficina Montería Principal durante el mes de enero de 2020, ya que usted incurrió en una serie de prácticas que bajo ningún punto de vista son aceptables para la compañía, dado que se logró probar la veracidad de la situación narrada en el acápite de hechos del presente escrito, respecto de todos y cada uno de ellos.

En línea con lo expuesto, quedó plenamente probado que usted incumplió con los procedimientos establecidos para el control y manejo del efectivo de la oficina Montería Principal, así como que incurrió en una serie de omisiones e inobservancias al no verificar que los colaboradores a su cargo desempeñaran sus labores acorde a la normas y políticas de Bancamía, incluso llegando a incurrir en situaciones de exceso de confianza, exponiendo con su actuar a riesgos de diversa índole a la oficina Montería Principal.

Es así, que como consecuencia de su actuar, se propició un escenario en el que, al no ejecutar los procedimientos a su cargo en debida forma, se facilitaron las cosas para que se extraviara la suma de ciento cincuenta y cinco millones de pesos M/cte. (\$155.000.000) que debían estar custodiados en la bóveda de la oficina Montería Principal, los cuales aparentemente fueron extraídos de forma sistemática y continuada en el tiempo, durante el primer semestre del año 2020.

Además de lo descrito, quedó en evidencia que usted no estaba realizando en debida forma los arqueos que le correspondía llevar a cabo, pues no ejecutó el conteo físico del dinero, pero sí los reportó en el aplicativo.

Por otra parte, es importante señalar que con los argumentos por usted esgrimidos en diligencia de descargos, no se logró desvirtuar ninguna de las faltas que le fueron inicialmente imputadas, ni el hecho de que cuando se le solicitó explicar el procedimiento establecido por la Entidad para los arqueos a bóveda en diligencia de descargos usted respondiera lo siguiente "(...) Desconozco los protocolos y soporte documental del proceso de arqueos a bóveda, nunca el banco, me ha capacitado, de manera práctica para desarrollar dicho proceso, las veces que se evidencian el desarrollo de los arqueos físicos de mi parte, han sido, siguiendo y acatando las orientaciones de las personas con credibilidad y experiencia en la labor, como lo era Berta Montiel, colaborador que me colocaron de apoyo para realizar este proceso, quien en su momento me indicaba a groso modo, como se debía realizar, dejándome claro que ella por lo general lo realizaba de esa manera (...)", la eximen de responsabilidad.

En línea con el contenido del párrafo anterior, es de aclarar que contrario a lo que manifestó en diligencia de descargos, usted sí ha recibido capacitaciones y/o procesos formativos correspondientes para la ejecución de dichos procedimientos, incluso obteniendo calificaciones satisfactorias en las evaluaciones que le fueron aplicadas. Por otra parte, de ninguna manera es aceptable para el Banco, que usted indique que ha realizado los arqueos de bóveda acatando las orientaciones de otras personas, pues el procedimiento se encuentra debidamente establecido en el Manual de Manejo de Efectivo, y como ya se indicó, usted ha recibido en varias oportunidades capacitación al respecto.

Por todo lo ya mencionado, es preciso señalar que quedó verificada la total falta de diligencia y cuidado con que usted ejecuta las funciones propias de su cargo, ya que como Coordinadora de Desarrollo Productivo, o en los encargos que se le encomienden, debe dar un manejo correcto y ético en cualquier tipo de gestión, sin incurrir en ningún tipo de práctica indebida u omisión, tal como ocurrió en el presente caso.

Las anteriores conductas constituyen un incumplimiento a sus obligaciones, de conformidad, pero sin limitarse a las siguientes disposiciones:

MANUAL DE FUNCIONES CDP Y GERENTE DE OFICINA

- *Reportar los riesgos que se identifiquen en la operación de la entidad en los medios dispuestos por el Banco. (Numeral 4.20. Manual de Funciones Coordinador de Desarrollo Productivo y numeral 4.24. Manual de Funciones Gerente de Oficina).*
- *Aplicar las normas y medidas de seguridad establecidas por el Banco para el desarrollo de las labores asignadas. (Numeral 4.24. Manual de Funciones Coordinador de Desarrollo Productivo y numeral 4.28. Manual de Funciones Gerente de Oficina).*

REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

- *Desarrollar sus funciones, ejecutar sus labores y actuar permanentemente con la conciencia que prestan sus servicios a una institución financiera, sometida a la regulación, intervención e inspección del estado; cuya actividad es de interés público; por lo cual deben obrar siempre bajo los principios de buena fe, honestidad, transparencia, lealtad, responsabilidad, reserva, confidencialidad, respeto y estricto cumplimiento de las disposiciones legales dentro de su más amplia concepción. (Numeral 1 artículo 47)*
- *Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este Reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta Bancamía o sus representantes según el orden jerárquico establecido. (Numeral 4 artículo 47)*
- *Comunicar oportunamente cualquier situación pueda materializar un riesgo de carácter legal, reputacional, operacional o de cualquier tipo para Bancamía. (Numeral 7 artículo 47)*
- *Exponer al Banco con sus actuaciones a riesgos de índole crediticio, operativo, reputacional, jurídico, por la inobservancia de las disposiciones de Bancamía sobre la gestión de tales riesgos y las normas de control interno. (Numeral 25 Artículo 50)*
- *Realizar conductas que resulten contrarias a la naturaleza misma de las labores que le han sido confiadas, o a los principios, valores, misión y visión de Bancamía. (Numeral 29 Artículo 50)*

MANUAL DE PRÁCTICAS NO AUTORIZADAS

- *Incumplir las normas, políticas, reglamentos, procedimientos, Código de Ética, Reglamento Interno, Manuales e instructivos implantados en Bancamía. (Numeral 6.2.1. No. 1)*
- *Además de las prácticas no autorizadas anteriormente mencionadas se prohíbe a todos los colaboradores de Bancamía, la realización de cualquier otra práctica que atente contra Bancamía en todos los aspectos tanto en su imagen corporativa, laboralmente y/o contra sus recursos económicos y de información.*

Igualmente se considera práctica no autorizada al incumplimiento de las políticas, reglamentos, procedimientos, instructivos y Manuales de Bancamía o su divulgación a externos o utilización con fines personales y/o en beneficio de entidades diferentes a Bancamía. (Numeral 6.3.)

MANUAL DE MANEJO DE EFECTIVO

- *Se deben realizar arquezos de efectivo extraordinarios, en forma sorpresiva y esporádica, una vez por semana, al Colaborador encargado de la bóveda; se entiende que una semana laboral está comprendida desde el día lunes hasta el día sábado medio día o hasta el cierre de la Oficina, cumpliendo con las definiciones del proceso Arqueo de efectivo en Oficina PSF-AEO-460. Se aclara que estos arquezos no remplazan el arqueo Ordinario. (Numeral 6.2.2. Literal a.)*
- *Tanto el arqueo Ordinario como los arquezos Extraordinarios, deberán realizarse en horario diferente al de la atención al público, sin repetir en el día y hora. (Numeral 6.2.2. Literal b.)*

- *Se debe diligenciar el formato FB-PSF-010 y enviar la imagen, como archivo anexo, al correo electrónico del Centro de Efectivo, de acuerdo a lo definido en el proceso PSF-AEO460 Arqueo de Efectivo en Oficina. En caso de contingencia, se debe diligenciar este formato junto con los demás requeridos según el proceso PSF-CO-217 - Contingencia cuadre de oficina. (Numeral 6.2.2. Literal c.)*
- *Al realizar el arqueo se debe retirar la fajilla del fajo con el fin de proceder a contar los billetes manualmente y con la ayuda de la máquina contadora, para verificar la cantidad y la autenticidad de los mismos que se encuentran custodiados en bóveda; si se llegare a encontrar alguna novedad en la verificación de los fajos (faltantes, sobrantes, falsos, falsos ANA), ésta deberá solucionarse inmediatamente por cuenta del responsable de la bóveda registrando el respectivo faltante o sobrante y reponiendo el numerario correspondiente de acuerdo al proceso Arqueo de Efectivo en Oficina PSF-AEO-460. Por lo demás, deberán ceñirse al capítulo Políticas de Faltantes y Sobrantes del presente Manual. Una vez regularizada la inconsistencia debe armarse el fajo con nueva fajilla de Bancamía debidamente identificada con firma de los colaboradores responsables del efectivo. (Numeral 6.2.2. Literal d.)*
- *Los arqueos de efectivo se deberán registrar en el aplicativo Synergy, de acuerdo con las instrucciones de la guía "G-OP02-009 Control de existencias en Caja en efectivo" y se anexarán al movimiento diario del Cuadre de Caja. (Numeral 6.2.2. Literal e.)*
- *En la Oficina se deberá conservar una carpeta con el nombre "Arqueos de Bóveda" con las impresiones de los reportes de los arqueos de bóveda generados por el Sistema con la respectiva firma de los colaboradores que intervienen en el arqueo, firmar cada reporte y guardar la carpeta en el archivador documental de la Oficina, para atender requerimientos de áreas de control interno o externo; así mismo deben enviar la imagen de las mismas al correo centro.efectivo@bancamia.com.co, en caso de contingencia, remitir la planilla de arqueo de Caja FB-PSF-010. (Numeral 6.2.2. Literal f.)*

MANUAL DE POLÍTICA DISCIPLINARIO Y ÉTICO

- *Encargado de efectuar la verificación de las existencias en físico contra los datos reportados en el sistema. Así mismo, deberá elaborar, certificar y remitir las respectivas actas de arqueo de acuerdo con lo definido en los manuales, circulares y procedimientos relacionados con el manejo de efectivo. (Numeral 3. No. 3.1.)*

CÓDIGO DE CONDUCTA

- *Contabiliza, registra y documenta de manera adecuada, transparente y objetiva todas las operaciones, ingresos y gastos, sin omitir, ocultar o alterar ningún dato o información; de manera que los registros contables y operativos reflejen fielmente la realidad y puedan ser verificados por las áreas de control y por los auditores, internos y externos. (Numeral 3.1. No. 3.1.1.)*

**MANUAL DE POLÍTICAS DE SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE
RIESGO DE FRAUDE Y CORRUPCIÓN**

5.2. Factores de Riesgo de fraude y Corrupción

Corresponde a situaciones que podrían representar la existencia de circunstancias o eventos susceptibles al fraude y corrupción, por lo que se deberá contar con una matriz de identificación de factores, procesos y cargos críticos. Así mismo, dependiendo de la calificación de criticidad de tales factores, se deberán prever las medidas de prevención y respuesta. Dentro de dicha identificación se debe considerar:

- a. Que exista el incentivo o presión para perpetrar un fraude, en el cual se obtenga un beneficio directo o indirecto, por ejemplo:
 - Presión por cumplimiento de metas.
 - Incentivo de obtención de una bonificación.
 - Presión financiera por gastar más allá de las posibilidades económicas.
- b. Que exista la oportunidad por parte del perpetrador de cometer un acto irregular. Algunos aspectos que se pueden considerar, en este análisis son:
 - Debilidad en el Sistema de Control Interno.
 - Debilidad en la supervisión del proceso.
 - Limitaciones en la segregación funcional.
 - Debilidades de los controles de seguridad, en los sistemas de información, o en la infraestructura tecnológica.

De esa manera, es claro que usted presentó un grave incumplimiento de sus más básicas obligaciones de carácter legal y contractual poniendo en grave peligro la estabilidad financiera del Banco y, en general la operación de la compañía la cual como usted bien sabe, por su naturaleza es especialmente sensible. Por lo expuesto, la compañía se ve obligada a adoptar la medida que le esta siendo notificada.

VIGILADO
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA
DE COLOMBIA

Banco de las Microfinanzas - Bancamía S.A * Nit 900215071-1 * Dirección general Cr 9 N° 66 - 25, Bogotá
Conmutador (571) 3136100 / 93 * www.bancamia.com.co

De esa manera, es claro que usted presentó un grave incumplimiento de sus más básicas obligaciones de carácter legal y contractual poniendo en grave peligro la estabilidad financiera del Banco y, en general la operación de la compañía la cual como usted bien sabe, por su naturaleza es especialmente sensible. Por lo expuesto, la compañía se ve obligada a adoptar la medida que le está siendo notificada.

Así las cosas, BANCAMIA S.A. le comunica la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo conforme lo establecido en los numerales 1, 4, 5 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el último numeral; en concordancia con los numerales 1, 4 y 5 del artículo 58 del mismo código."

Aquellos fueron los fundamentos que se citaron en la carta de despido remitida a la actora, en consecuencia, son estos los que deben estudiarse al interior del presente asunto, a fin de determinar si llegaron o no a configurarse dichos hechos, pues no puede el empleador, alegar situaciones distintas a las ahí invocadas, ello atendiendo a que, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte, de vieja data ha explicado que las razones depuestas en la carta de despido, son el marco fáctico del problema litigioso, verbigracia la sentencia CSJ SL1087 de 2018, de abr. 12, Rad. 56152, en la que en uno de sus apartes puntualizó lo siguiente:

"Como se ha insistido, al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, el empleador tiene la obligación de aducir concretamente los hechos con fundamento en los cuales adopta su decisión, sin que con posterioridad pueda variar los supuestos fácticos que dieron lugar a tal determinación; tampoco es viable que las autoridades judiciales modifiquen los hechos invocados en la carta de ruptura (CSJ SL298-2018).

Por ello, la labor de los jueces al momento de constatar si existió justa causa o no para el rompimiento del vínculo, se limita a verificar la ocurrencia de los hechos endilgados en la carta de despido y si los mismos se configuran como justa causa para terminar el contrato de trabajo, a la luz de lo previsto en la ley, la convención colectiva o en cualquier otra disposición que regulen la relación laboral” (vid. además las sentencias SL5386 – 2018, SL3191 -2018, SL3819 – 2019, SL 3471 – 2019, SL1623 – 2020).

Así mismo, se hace menester indicar que el hecho de que el empleador funde su decisión en una norma que no consagra los supuestos fácticos expresados en la carta de despido, no invalida este, pues el Juez debe realizar la calificación jurídica en debida forma, así lo tiene decantado la Corte, por ejemplo, en sentencia SL 770-2023, cuando dijo:

"Finalmente, a pesar de que la acusación no está orientada por la senda de los hechos, sí se pudiera predicar que el empleador (no el sentenciador) efectivamente se equivocó al fundar la decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo en una norma que no consagra los supuestos fácticos aducidos, como lo señala la censura, tal circunstancia no invalida el despido, en la medida que cuando el patrono se equivoca en la calificación jurídica o menciona normas distintas, corresponde al juez realizarla en debida forma, tal como ocurrió en el presente caso."

Así las cosas, ha de indicarse que de la carta de terminación del contrato de trabajo de la demandante, se constata que a esta no se le despide por considerarla o no responsable de haber sustraído la suma de \$155.000.000, reportada como faltante de la bóveda de la entidad bancaria demandada, sino que se le acusa, entre otras, de no haber realizado el arqueo de bóveda físicamente durante las fechas 11, 17, 23 y 28 de enero de 2020, cuando se encontraba encargada como gerente de oficina, a pesar de haberse registrado dichos arqueos en la plataforma determinada para ello, y aparecer firmado el libro correspondiente por la señora Olga, propiciando un escenario para que se facilitaran las cosas para que se extraviara la suma de dinero antes acotada, indicando que violó normas descritas en el manual de funciones de CDP y Gerente de Oficina, reglamento interno, manual de prácticas no autorizadas, manual de manejo de efectivo, manual de política disciplinario y ético, código de conducta y manual de políticas de sistema de administración de riesgo de fraude y corrupción.

Puestas, así las cosas, al analizar las pruebas arrimadas al plenario, de entrada, el despacho constata, que a folio 176 obra la carta en la que se encarga a la demandante a desempeñar el cargo de GERENTE DE OFICINA, así:

"Apreciada OLGA:

*Nos complace comunicarle que a partir del día **1 de enero de 2020** y hasta el **31 de enero de 2020** usted estará encargada como **GERENTE DE OFICINA** en la oficina **Montería Principal**, con motivo de encargo del titular.*

Es importante tener presente que este movimiento no representa cambio en sus condiciones salariales.

Le deseamos éxitos en esta oportunidad que sin duda le permitirá asumir nuevos retos y proyectarse a nuevas posiciones en nuestro Banco."

De lo anterior, y a pesar de que dicha carta no se encuentra suscrita por la actora, se logra advertir que, en efecto ,durante el mes de enero de 2020, la señora Olga

RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2020 00182 01 FOLIO 183-22

se encontraba encargada en el cargo de gerente de oficina en la oficina principal de Montería, situación que además fue confesada por ella en el interrogatorio de partes, cuando asintió haber aceptado dicho encargo.

Asimismo, como pruebas obrantes dentro del plenario encontramos el informe de Auditoria Especial Oficina Montería Principal, de julio de 2020, militante a folios 186 a 248, el cual tuvo por objetivo *"verificar la adecuada aplicación de controles definidos por la Entidad para la administración del efectivo, con relación al reporte de faltante de efectivo en bóveda correspondiente a la Oficina Montería Principal; así como el análisis de las situaciones identificadas."*

De dicho informe, se extraen algunos apartes en lo que concierne a los hechos que involucran a la actora:

El 9 de julio a las 08:28 P.M., se realizó arqueo virtual de efectivo por video llamada, en el cual se evidenció un faltante por valor de \$155.000.000, de acuerdo a la siguiente información:

Fecha	Saldo contable	Efectivo – Arqueo	Diferencia
09/07/2020	\$ 246.500.850	\$ 91.500.850	\$ 155.000.000

El faltante fue registrado en el core bancario el 10 de julio.

- ✓ *A través del área de Seguridad se obtuvieron los videos de seguridad de la oficina, para las fechas en las cuales la base de datos del aplicativo synergy registran los arqueos de efectivo ordinarios y extraordinarios reportados entre enero el 1 de enero y el 4 de julio. Así mismo, se obtuvo el log de eventos de la alarma de ingreso a bóveda, para este mismo periodo*
- ✓ *Los números de flujos de trabajo registrados en las bases de datos de synergy, fueron consultados directamente en el aplicativo, con el fin de obtener el detalle del arqueo: Efectivo físico y saldo de caja reportado.*
- ✓ *De las bases de datos del core bancario, se consultó: El log transaccional para obtener el detalle de transacciones y registros con efectivo y el auxiliar contable de la cuenta de bóveda para conocer el saldo de efectivo diario de la oficina.*
- ✓ *Fueron revisados los videos de seguridad de la bóveda en las fechas en las cuales se reportaron arqueos de efectivo ordinarios y extraordinarios, con el fin de analizar si los mismos fueron ejecutados en debida forma, para los meses comprendidos entre ene y julio de 2020.*
- ✓ *Revisión del libro de bóveda y soportes de arqueos ordinarios y extraordinarios, recibidos de manera escaneada.*
- ✓ *Análisis del marco normativo relacionado con el manejo del efectivo, con el fin de evaluar el nivel de aplicación y cumplimiento de controles.*
- ✓ *Se realizaron entrevistas escritas y verbales con algunos Colaboradores.*
- ✓ *Fue solicitada al área de Talento Humano información respecto al movimiento de Personal para los cargos Gerente de Oficina, Coordinadora de Oficina y Cajero, en el cual se reporta lo siguiente:*
 - *Gerente de Oficina*
 - *Gerente de Oficina actual: Certificado como Gerente de Oficina el 30 de enero 2020 (Eder Alberto Arroyo Montesino).*

Reporte de ausencias:

Marzo 3 al 14 de 2020: Formación – semillero de Gerentes

- *Entre el 1 de enero 2020 al 4 de febrero de 2020 estuvo encargada la Coordinadora de Desarrollo Productivo de la oficina, Olga Nuñez Vergara, mientras se le realizaba la entrega a Eder Arroyo Montesino.*

(...)

➤ *Coordinadora de Oficina*

Promovida al cargo de Coordinador de Oficina en Montería Principal el 7 de julio de 2016 (Berta Milena Montiel Vaquero).

Reporte de sus últimas ausencias:

- *Noviembre 2 de 2019: Jornada de la familia*
- *Junio 8 de 2019: Jornada de la familia*
- *Noviembre 23 de 2018 a diciembre 13 de 2018: Vacaciones*

➤ *Cajera Titular*

Asignada como Cajera titular en la oficina Montería Principal el 11 de mayo de 2018 (Grecia Sofía Mesa Tirado).

Reporte de sus últimas ausencias:

- *Julio 2 a julio 9: Cuarentena por Covid*
- *Junio 25 de 2020: Beneficio por cumpleaños (medio día)*
- *Febrero 24 al 15 de marzo de 2020: Vacaciones*
- *Octubre 19 de 2019: Jornada de la Familia*

1.5 SITUACIONES EVIDENCIADAS

A. Manejo de Efectivo

De acuerdo a las validaciones realizadas, a continuación, presentamos los aspectos evidenciados para 33 videos de seguridad analizados.

1. El Gerente de Oficina reporta a través del aplicativo synergy, 6 arqueos ordinarios y 27 extraordinarios, entre el 1 de enero y el 9 de julio del presente año. Con los arqueos registrados, se cumple con el número de arqueos periódicos establecidos en la política interna.

Ver detalle en anexo 1.

2. Los arqueos de bóveda se realizan sin hacer el último traslado de efectivo de caja a la bóveda, es decir, que no estaba el total de efectivo en bóveda cuando se realizó el arqueo: junio 30 y 3. mayo 30, 28, 22, 14 y 08. abril 29, 24, 14 y 8. marzo 31, 27, 17 y 14. febrero 20, 14 y 7. enero 4.

Ver detalle en anexo 2.

3. *Para 9 arqueos sorpresivos reportados en el aplicativo, no se observó que se ejecutara físicamente dicha actividad. No se evidenció ingreso del Gerente de Oficina y la Coordinadora de Desarrollo Productivo para realizar el conteo en ninguna hora del día: Julio 4; junio 27; abril 3; marzo 4; febrero 27; enero 28, 23, 17 y 11.*

- ✓ *Arqueos reportados por el Gerente de oficina Eder Alberto Arroyo Montesino: Julio 4, junio 27, abril 3, marzo 4, febrero 27*
- ✓ *Arqueos reportados por la Coordinadora de Desarrollo Productivo Olga Nuñez Vergara, como encargada: enero 28, 23, 17 y 11*

Ver imágenes en anexo 5

4. Tanto para los arquezos ordinarios como los extraordinarios, el total de fajos contados por parte del Gerente de la oficina en la máquina contadora de billetes, suponiendo que todos son billetes de \$50.000 (porque no se alcanza a identificar la denominación), no corresponde al saldo de efectivo que la oficina reporta en el arqueo. Actividad realizada conjuntamente con la Coordinadora de Oficina Berta Milena Montiel Vaquero.

Esto podría implicar que el faltante viene sistemáticamente desde meses anteriores y que la situación es de conocimiento por parte del Gerente de Oficina y la Coordinadora de Oficina: junio 30, 18, 12 y junio 3. mayo 30, 28, 22, 14 y, 8. abril 30, 29, 24, 14 y 8. marzo 31, 27 y 17 y febrero 20.

Para las siguientes fechas en el video no se puede observar el número de fajos que se cuentan, debido a que el Funcionario tapa el proceso de arqueo con su cuerpo: febrero 29, 14 y 7. enero 31 y 4.

Ver imágenes en anexo 4.

5. El arqueo del 14 de marzo fue realizado por parte de la Coordinadora de Desarrollo Productivo, Olga Nuñez Vergara, conjuntamente con la Coordinadora de Oficina Berta Milena Montiel Vaquero, en el cual se observa la misma situación del numeral 4, respecto a que los fajos contados en la máquina no se corresponden al saldo de efectivo de la oficina.

El arqueo en el aplicativo synergy fue reportado con el Usuario del Gerente Eder Alberto Arroyo Montesino.

Ver imágenes en anexo 5

6. En el libro de bóveda en el cual se registra el saldo de efectivo de la Oficina, se observan las siguientes firmas del Gerente de Oficina y la Coordinadora de Desarrollo Productivo como encargada, en las fechas en las cuales se reportaron los 33 arquezos y extraordinarios, entre enero 1 y julio 4 de 2020.

- ✓ El 73% (24) Gerente de Oficina, Eder Alberto Arroyo Montesino.
- ✓ El 15% (5) Coordinadora de Desarrollo Productivo, Olga Nuñez Vergara
- ✓ El 12% (4) sin firma

*Así mismo, se observan las firmas de la Coordinadora de Oficina, Berta Milena Montiel Vaquero.
(...)*

1.6 ANALISIS DE LAS SITUACIONES EVIDENCIADAS

A. Manejo de Efectivo

- 1.** Los arquezos de efectivo que se deben realizar al Colaborador responsable de la bóveda, por parte del Gerente de Oficina y la Coordinadora de Desarrollo Productivo, no fueron ejecutados en debida forma, ya que se observan casos en los videos de seguridad en los cuales el conteo del efectivo en la máquina contadora de billetes es inferior al saldo contable del efectivo; así mismo en otros casos no se realizó físicamente el arqueo reportado en el aplicativo.

El reporte de los arquezos de efectivo ordinarios y extraordinarios en el aplicativo synergy, la firma en los soportes físicos y en el libro de bóveda, así como los videos de seguridad, vinculan al Gerente de Oficina y la Coordinadora de Desarrollo Productivo, en la ejecución inadecuada del control.

El control de los arquezos ordinarios y extraordinarios que se debe realizar a todo el efectivo disponible en bóveda, tiene como objetivo comprobar y garantizar que las existencias de efectivo se encuentren acorde al saldo arrojado por el sistema y está definido en la siguiente normatividad:

- ✓ Manual de Manejo de Efectivo (MP-PSF) numeral 6.2.2, literales a, b, c, d, e, f, g, h, i
- ✓ Proceso de piso PSF AEO-460 Arqueo De Efectivo En Oficinas.

- ✓ *Manual de cuadre diario de Oficina (MP-PSF) y Anexo A: Instructivo para diligenciamiento del Libro de Bóveda.*

(...)

3. *Teniendo en cuenta la omisión de controles es probable que el faltante de efectivo detectada el 9 de julio del presente año, por valor de \$155.000.000, haya sido extraído de la oficina de una manera sistemática en el tiempo, siendo de conocimiento por parte de la Coordinadora de Oficina Berta Milena Montiel Vaquero, como responsable de la bóveda y razonablemente de ejecutar el principal control a través de los arqueos ordinarios y extraordinarios, durante los últimos meses.*

(...)

Se realizaron las siguientes entrevistas de versión libre, respecto al manejo de efectivo y el ingreso a equipos de custodia del efectivo, a la Coordinadora de Oficina y dos Cajeros, con relación al faltante de caja detectado el 9 de julio del año en curso en la Oficina Montería Principal.

Aun cuando no se tienen elementos probatorios fehacientes para afirmar o corroborar la información escuchada y/o recibida y/o suministrada, los mismos serán materia de investigación interna o por parte de las autoridades externas competentes.

- ✓ *Coordinadora de Oficina, Berta Milena Montiel Vaquero*
Fecha: Julio 9 de 2020
Medio: Verbal - Telefónico

Principal información suministrada:

La Colaboradora indica que participó en los hechos que llevaron al faltante de la Oficina por valor de \$155.000.000, con conocimiento del Gerente de Oficina, Eder Alberto Arroyo Montesino. Manifiesta que empezó a sacar el dinero aproximadamente a finales del mes de febrero de este año, ya que el Gerente le propuso que le hiciera préstamos.

El dinero lo fue sacando en fajos de \$5.000.000, después de que los Cajeros le hacían entrega en caja, echando un fajo menos por el pasa fajos que da a la bóveda y escondiéndolo en el libro de bóveda que siempre llevaba para que la Cajeros le firmaran la entrega del efectivo. Posteriormente llevaba el libro a su escritorio y luego pasaba el fajo del libro a su bolso. En la tarde salía con el Gerente que la llevaba a su casa en su vehículo y le entregaba el dinero, Quien le daba una parte, pero la mayoría del dinero se lo quedaba el Gerente. También indica que nadie de la Oficina sabe o participó de los hechos y que el Gerente también le propuso la forma de sacar el dinero.

Cuando empezaron a sacar a vacaciones al Personal de la red, ambos se preocuparon con la entrega de efectivo que debían hacer a la persona que reemplazaría sus vacaciones, ya que se detectaría el faltante, pero que el Gerente de Oficina empezó a persuadir al Gerente Zonal para que no la sacara a vacaciones y que un principio le habría dicho que sí y se tranquilizaron un poco, pero que después el Gerente Zonal le dijo al Gerente de Oficina que no se habían podido cancelar las vacaciones, porque ya lo habían reportado a la Empresa que empezó a liquidar la nómina y que no era posible reversarlas. El Gerente de Oficina indicó que se conseguiría el dinero para la fecha de la entrega y Ella esperó hasta el último momento para hacer la entrega, sin embargo, el Gerente de Oficina no llegó con el dinero y le tocó empezar la entrega de efectivo a su reemplazo.

De la parte que a Ella le tocó del dinero sacado, no los tiene disponibles, pero desea que el Banco le dé la oportunidad de pagarlo así sea por medio de un acuerdo.

Adicionalmente indica que está muy preocupada porque el Gerente de Oficina la está dejando sola con el problema y que lo último que le dijo fue la preocupación que

tenía sobre cómo explicar por qué no había detectado el faltante en los arqueos que realizó. Después de esto no se han vuelto a comunicar.

(...)”

Posteriormente, encontramos a folios 266 a 273, el acta de diligencia de descargos realizada a la señora OLGA PATRICIA NUÑEZ VERGARA, evidenciándose que la demandante a las preguntas relacionadas al cargo de Gerente de Oficina y a sus funciones, responde que desconoce el protocolo y los procesos a detalle de la labor; que cumplió las instrucciones de sus superiores en apoyarse del equipo de trabajo que le acompañaba, siguiendo la orientación de la colaboradora que contaba con experiencia de más de 8 años y credibilidad en el banco para llevar a cabo la labor.

Señaló que no recibió capacitación práctica por parte del banco para llevar a cabo la labor propia del cargo de Gerente de Oficina y, que las veces que se evidencia el desarrollo de los arqueos, se hizo siguiendo y acatando la orientación de la señora Berta Montiel, persona que le colocaron de apoyo en ese proceso.

Con respecto a los Arqueos sorpresivos reportados en el aplicativo synergy que corresponden a los días 28, 23, 17 y 11 de enero de 2020, de los cuales se dijo no se observó que se hicieran físicamente por la demandante, dijo que, en ninguna de las oportunidades en que le han hecho los encargos de Gerente de oficina, ha recibido inducción práctica y asesoría, ni plan tutor sobre el cargo de gerente de oficina. Que fue capacitada en 2017, en funciones de Coordinadora de Desarrollo Productivo y que, en esa capacitación no se le indicó de manera práctica, ni se realizó simulacro o ejercicio sobre el manejo de dinero en bóveda, ni mucho menos sobre los arqueos sorpresivos.

Continúa diciendo que, si bien es cierto en 2018, fue encargada para realizar vacaciones del Gerente de Oficina, dice que en esa ocasión tampoco recibió ningún tipo de inducción, ni capacitación practica por parte del banco para el desarrollo de dicho cargo y que, entonces cuando se le volvió a encargar en 2020, para ejercer el mismo cargo de Gerente Oficina, manifestó su preocupación al conocer que la iba a acompañar en la oficina en funciones de coordinador de desarrollo productivo un edp sin experiencia y que, en vista de la situación en la que se encontraba, se le aumentaría su carga laboral, reiterándole sus superiores que se apoyara en el equipo de trabajo que tenía a su disposición.

Con respecto, al arqueo realizado por la demandante, el 14 de marzo de 2020 y reportado en el aplicativo Synergy, con el usuario del Gerente Eder Alberto Arroyo Montesino, dijo que, solo cumplió con una instrucción de supervisar el proceso que realizaba la persona que el gerente había designado para realizarlo.

De otra latitud, de las declaraciones recepcionadas, se avizora el testimonio de la señora Edilia Barrera Muñoz, directora de Auditoria de la entidad accionada, expresó que, no conoce a la demandante de manera personal, pero le consta que estaba como colaboradora activa en el momento en que se realizó el informe, pues la testigo dice que no tuvo participación en el comité disciplinario, pero que ella fue la encargada de realizar los informes de auditoría.

La declarante hace un breve relato de manera general de lo que está plasmado en el informe de auditoría, manifestando que, en la oficina de Montería se presentó un faltante de efectivo en 2020, por lo que fueron llamados a realizar dicho informe, basado en pruebas respecto al mencionado faltante de efectivo y las posibles causas de este.

Menciona que el banco tiene unas políticas para realizar arqueos durante el mes, consistentes en 4 arqueos extraordinarios en el mes, una vez por semana, realizados por el Gerente de Oficina o quien haga sus veces y, 1 arqueo ordinario al cierre del mes para controlar que el efectivo que reportan las diferentes oficinas en el sistema esté físico en bóveda.

Indica que el banco tiene un aplicativo donde los gerentes de oficina o quien haga sus veces, registra la fecha en que se hizo el arqueo, cuanto dinero se contó en físico, cuanto dinero pedía el sistema y si existía un faltante o un sobrante. Que, solicitaron al área de seguridad de la información que le suministraran los videos de seguridad de las bóvedas para esas fechas, para rectificar a partir de la información del sistema con base a los arqueos registrados por los Gerentes de Oficina o quien hiciera sus veces, que efectivamente se efectuó el arqueo de efectivo en las fechas que fueron reportados, evidenciando que varios de los arqueos reportados en el aplicativo no se hicieron físicamente.

Advierte que después de revisados los videos de todo el día, encontraron que fueron 9 casos, donde 4 corresponden a las fechas de enero, 28, 23, 17, y 11 de 2020, tiempo en que la demandante estuvo en el cargo de Gerente de Oficina.

En ese sentido, expresa que al no aplicarse los controles reglamentarios de Bancamía, no se pudo identificar oportunamente que ya venía faltando dinero sistemáticamente en la bóveda.

Que el 14 de marzo del mismo año, la accionante reemplazó al Gerente de Oficina, porque este se encontraba ausente por temas específicos de la función del Gerente.

Indicó que para el tema de asumir un cargo, el banco tiene formación pero que no puede dar más información porque dentro de su informe no estudiaron los procesos de formación.

Advirtió que la principal falta es no haber hecho el arqueo de efectivo y fuera de eso haberlo registrado en una herramienta con una cantidad de dinero que no sabía si estaba o no en la bóveda, porque no hizo el conteo, y que el banco instauró demanda contra unas personas donde había suficiente material probatorio para indicar que ellas extrajeron el dinero y radicar la reclamación ante la aseguradora, pero no sabe si ya se dio un dictamen.

El representante legal de la demandada, indicó que siempre hacen capacitaciones a los colaboradores desde que ingresan a la compañía en los temas propios de las tareas en que se desempeñan, que cuando hacen encargos no necesariamente debe hacerse una capacitación porque, por ejemplo, en el caso de un coordinador de desarrollo productivo o de oficina, se les notifica a ellos que van a hacer los encargos porque son personas que llevan bastante tiempo en el banco, que conocen la operación, las funciones y tienen experiencia, que a estos se les recuerda cuales son

las funciones, se les entrega una carta diciéndoles que están encargados y ahí tienen toda la información.

Explicó que normalmente todos los años hacen recapitaciones en los temas que maneja el banco, las funciones, procesos, diferentes cosas que vengan haciendo o que les exija la Super.

Dice que las capacitaciones dependen de la clase de cargo que se vaya a desempeñar, que a un cajero al igual que un ejecutivo de proyecto productivo, puede durar 6 semanas, un gerente de oficina demora más o menos un mes, que cuando la persona asciende normalmente vienen de semilleros por lo que puede ser de 15 o 20 días y no necesariamente presenciales, sino que hay temas virtuales.

Aduce que el empalme depende del caso en particular, porque si es en razón a que la persona se fue o esta incapacitado, no necesariamente tiene que haber una entrega de cargo, ni un tiempo estipulado, pues solo con un acta de recibido puede la persona asumir el siguiente rol.

Afirma que normalmente cuando se encarga a alguien como gerente es porque está dentro de los semilleros del banco, lo que significa que tiene los conocimientos, la antigüedad para estar en el cargo y que seguramente ha recibido las capacitaciones que el banco considera pertinentes para poder asumir el cargo.

Indica que las funciones y los procedimientos del banco están publicados en la intranet del banco, donde con el usuario del trabajador pueden ser descargados.

Por otro lado, la demandante en su interrogatorio de partes explicó que las funciones de coordinador productivo son comerciales, que estaba a cargo de un grupo comercial en la parte de aprobación y otorgamiento de créditos y recuperación de cartera, explicó que toda la parte de gerente de oficina no la tiene clara, que no conoce las funciones de este ni su manual, advierte que los manuales si aparecen en intranet, pero que en el momento en que ella los solicitó fue porque no le fue posible acceder a ellos.

Manifestó que no sabe la clase de arqueo que debe realizar un gerente en la entidad, que en el año 2018, fue encargada como gerente y que en esa ocasión se hicieron arqueos siguiendo directrices de la persona que en su momento le pusieron como apoyo en la parte administrativa de la oficina.

Afirma desconocer los informes de arqueo que el apoderado de la demandada indica que realizó durante su encargo.

Expresa que los arqueos que se registraron en el sistema se realizaron con un acompañamiento que le proporcionara al momento de hacerle el encargo, que en su momento manifestó un poco de inconformidad porque no tenía clara las labores que debía realizar el gerente, pero que el gerente zonal le dijo que podía apoyarse de la coordinadora de oficina señora Berta Montiel, quien tenía la experiencia y la experticia para llevar a cabo todo el proceso operativo de la oficina.

Aduce no haber compartido los usuarios y claves, no ser cierto que haya reportado algún faltante de dinero, e indicó que si aceptó el encargo de gerente.

Explica que aceptó el cargo porque fue una decisión que la tomo de sorpresa, que no estaba al tanto de la información, y que solo le pidieron el favor de aceptarlo porque el gerente debía ser trasladado para otra oficina, que manifestó estar un poco sorprendida.

Así mismo, fueron aportados el manual de funciones de Gerente de Oficina, certificación emitida por el gerente de gestión humana, de fecha 07 de octubre de 2020, donde consta que la actora se desempeñó en el cargo de coordinador de desarrollo productivo, desde el 06 de diciembre de 2012 hasta el 21 de agosto de 2020, copia arqueos de bóveda del 31 de enero de 2020, copia de liquidación del contrato, peticiones realizadas por la actora a fin de que le fueran entregados los videos de las cámaras de seguridad y soporte de capacitaciones realizadas a ella, así como las respuestas a las mismas, certificado de aportes a seguridad social, reglamento interno, manual de prácticas no autorizadas, manual manejo de efectivo, manual de política disciplinario y ético, código de conducta, y manual del sistema de administración de riesgos de crédito (SARC)

Ahora bien, resulta pertinente señalar que con base en lo que dispone el artículo 61 del CPT y de la SS, y lo establecido por la H. Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia **SL16170, Radicación n.º 51411 de 2017**, los Jueces del trabajo gozan de libertad probatoria para apreciar las pruebas, facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo que la misma ley exija determinada solemnidad.

Así las cosas, de todas las pruebas obrantes en el plenario, advierte la Sala la configuración de la justa causa para la terminación del vinculo laboral de la actora por parte de la entidad bancaria accionada, esto por cuanto una vez revisado el reglamento interno de la demandada, al remitirnos al art. 57, se encuentra que con el actuar de la demandante de no haber realizado los arqueos de manera física, en su calidad de gerente de oficina encargada, durante los días 11, 17, 23 y 28 de enero de 2020, y, además, haberlos reportado en el sistema dispuesto para ello y haber firmado el libro que registra dicha información, se encuadra en las siguientes faltas graves:

Numeral 7: *"Violar las normas expedidas por Bancamía relacionadas con los sistemas de administración de riesgos, las disposiciones sobre control interno, gobierno corporativo, ética, conducta, conflictos de interés, uso de información privilegiada, seguridad física y de la información y continuidad del negocio y en general todas aquellas disposiciones que incorporen las reglas de conducta y buenas prácticas a las que debe ajustarse la gestión de Bancamía en todos sus niveles"*

Numeral 8. *"Violar de manera grave a juicio de Bancamia, las obligaciones legales, contractuales, las previstas en el presente Reglamento o en las disposiciones normativas que expida el Banco, tales como Códigos, Manuales, Reglamentos, Circulares, Procedimientos, entre otros."*

Numeral 9. *"Incurrir en cualquiera de las conductas que en el presente Reglamento se establecen como "Prohibiciones a los trabajadores"*

Numeral 20: *"incurrir en cualquier negligencia, descuido u omisión en el manejo de dineros, valores, cajas de caudales, claves sellos o cualquier otro elemento puesto bajo su custodia o responsabilidad".*

De igual manera, debe esta Judicatura señalar, que, si bien la actora aduce no haber sido capacitada para ejercer las funciones del cargo de gerente de oficina y no conocer las mismas, no es ello óbice para que se le exima de las responsabilidades que contrajo al haber aceptado el encargo en comento, máxime cuando se extrae de la diligencia de descargos realizada, que ella si sabía que efectuar los arqueos era responsabilidad del Gerente de oficina, lo que se extrae de cuando le fue preguntado *¿indique si dentro de sus responsabilidades como Coordinadora de Desarrollo Productivo, se encuentra establecido realizar arqueos a la bóveda de la oficina?* Respondió *"Desconozco que, dentro de las responsabilidades como coordinadora de desarrollo productivo, tenga establecido realizar este tipo de arqueos, **ya que desde mi conocimiento teórico es una labor estrictamente de gerencia,** por lo que nunca he recibido información práctica, protocolo y soporte documental de estos procesos."* [Negrillas y subrayas nuestras].

Así mismo, en su interrogatorio de partes admitió que los manuales de la demandada, se encuentran colgados en la intranet del banco, y si bien indica que los solicitó por no poder acceder a ellos, esto fue luego de que se le citara para descargos en el mes de agosto de 2020, tampoco se advierte de su dicho que los hechos de los que se le acusan no hayan sucedido, pues solo se excusa en que realizó las funciones como se le direccionó por la persona que la apoyaba señora Berta Montiel.

También debe indicarse que al tener la actora la obligación de realizar los arqueos, debía conocer el contenido del manual de manejo de efectivo que en su aparte 6.2.2 determina el arqueo de Bóveda, del cual se lee:

"Los arqueos de efectivo sorpresivos deben realizarse una vez por semana en aquellas Oficinas donde la Gerencia de la Oficina no tenga apoyo operativo por el cargo correspondiente, pero para el caso de las Oficinas donde exista el apoyo operativo, la Gerencia de la Oficina debe realizar un (1) arqueo sorpresivo en el mes, del efectivo existente en bóveda.

En caso de contingencia, se debe diligenciar la planilla FB-OP02-007 y enviar la imagen, como archivo anexo, al correo electrónico del Centro de Efectivo, también de acuerdo a lo definido en el proceso Arqueo de Cajas de Seguridad en Oficina (AIL-AIL-460).

Para el arqueo deberán quitar la fajilla del fajo con el fin de proceder manualmente, contar los billetes con la ayuda de la maquina contadora, para verificar la cantidad y la autenticidad de los mismos que se encuentran custodiados en Bóveda; si se llegare a encontrar alguna novedad en la verificación de los fajos (faltantes, mixtos, falsos), ésta deberá solucionarse inmediatamente por cuenta del responsable de la bóveda reponiendo el numerario correspondiente de acuerdo al proceso Arqueo de Cajas de Seguridad en Oficina (AIL-AIL-460). Por lo demás, deberán ceñirse al capítulo de Faltantes y Sobrantes en Caja de este documento. Una vez regularizada la inconsistencia debe armarse el fajo con nueva fajilla de BANCAMIA debidamente identificada con firma de los colaboradores responsables.

Los arqueos de Efectivo deberán diligenciarse en el aplicativo Synergy, de acuerdo con las instrucciones de la guía "G-OP02-009 Control de existencias en Caja en efectivo" y se anexarán al movimiento diario del cuadro de Caja.

En la Oficina deberán conservar un archivo con las impresiones de las planillas de los arqueos (FB-OP02-007) en una carpeta aparte con el nombre "Arqueos de Bóveda" y guardarla en el archivador documental de la Oficina, para atender requerimientos de áreas

de control interno o externo; así mismo deben enviar la imagen de las mismas al correo centro.efectivo@bancamia.com.co.

Tanto el arqueo ordinario (fin de mes) como los extraordinarios (esporádicos), deberán realizarse en horario diferente al de atención al público.

Debe comprobarse que todo el efectivo en bóveda esté custodiado al cierre de la Oficina, cerciorándose de borrar las claves ingresadas en los diales de bóveda, de acuerdo a lo definido en el proceso Cuadre de Oficina (PSF-C0-217).

Debe diligenciarse diariamente el Libro de Bóveda de la Oficina de acuerdo con las disposiciones del "Anexo A" del presente Manual, para controlar, comprobar y certificar las existencias de efectivo en la bóveda; también servirá de soporte para las visitas que los procesos de control interno del Banco realicen y se debe conservar y custodiar en el cuarto de Efectivo."

Es dable traer a cuento el manual de funciones de gerente de oficina, que en su art. 4.28 determina que dicho empleado debe *"Aplicar las normas y medidas de seguridad establecidas por el Banco para el desarrollo de las labores asignadas"*

Así mismo, se debe traer acá el art. 47 del reglamento interno de trabajo, donde se establecen las obligaciones de los trabajadores, y en su párrafo se determina que *"La violación de cualquiera de estas obligaciones se califica como falta grave"*, encontrándose dentro de estas las siguientes:

1. *"Desarrollar sus funciones, ejecutar sus labores y actuar permanentemente con la conciencia que prestan sus servicios a una institución financiera, sometida a la regulación, intervención e inspección del estado; cuya actividad es de interés público; por lo cual deben obrar siempre bajo los principios de buena fe, honestidad, transparencia, lealtad, responsabilidad, reserva, confidencialidad, respeto y estricto cumplimiento de las disposiciones legales dentro de su más amplia concepción."*

4. *"Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este Reglamento la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este Reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta Bancamía o sus representantes según el orden jerárquico establecido"*.

9. *"Conocer, permanecer actualizado y cumplir todas las normas internas adoptadas por el Banco, a través de Manuales, Circulares, Instructivos, Procedimientos, Reglamentos, o a través de cualquier medio que Bancamía determine para su adopción"*

De igual forma, dentro de las prohibiciones a los trabajadores determinados en el art. 49 del Reglamento Interno de Trabajo, se citan las siguientes:

"25. Exponer al Banco con sus actuaciones a riesgos de índole crediticio, operativo, reputacional, jurídico, por las inobservancias de las disposiciones de Bancamía sobre la gestión de tales riesgos y las normas de control interno."

"29. Realizar conductas que resulten contrarias a la naturaleza misma de las labores que le han sido confiadas, o a los principios, valores, misión y visión de Bancamía"

Allende tal y como se consignó en la carta de terminación, se advierte que con su actuar también faltó al Manual de prácticas no autorizadas, más específicamente en sus numerales 6.2.1. N° 1 y 6.3., al manual de política disciplinario y ético en su numeral 3. N° 3.1., y al código de conducta en su numeral 3.1. N° 3.1.1.

Así las cosas, no le queda duda a esta judicatura, de la justeza de la terminación del contrato de trabajo de la actora, por encontrarse configuradas las faltas graves determinadas en el reglamento interno de trabajo, antes delimitadas.

Así mismo, se debe indicar que no le es dable al Juez calificar como graves o no, las faltas que así se hayan determinado en los reglamentos internos, contratos, convenciones y pactos. Al particular adoctrinó la Corte en la SL4254 de 2022, lo que sigue:

"Así las cosas, le asiste razón al Tribunal al haber considerado que no le correspondía calificar la gravedad del hecho endilgado al trabajador, dado que este fue previsto como falta grave en el reglamento interno de trabajo, conclusión fáctica que no es dable discutir por la senda jurídica, elegida por el censor."

También considera esta Judicatura dable reiterar, que no es necesario que se haya comprobado que el faltante de dinero haya sido extraído por la actora o que dicho hecho se haya dado por su actuar, pues no debe exigirse que se haya causado un perjuicio. En tal sentido el Alto Tribunal Laboral, en reciente sentencia SL4254 de 2022, apuntaló:

"De ahí que el planteamiento de que se trató de un «hecho minúsculo» o un error intrascendente o inconsciente, de buena fe o que tan solo generó unas dificultades fácilmente superables o subsanables, no demuestra la equivocación endilgada al colegiado; esto, porque, poner en peligro los bienes del banco o no atender las prescripciones impartidas por este para la seguridad de dichos bienes o del dinero que le fue confiado, fue catalogado previamente por el empleador como una falta grave, por lo que el juzgador no podría determinar nuevamente la gravedad de tal situación. Esa posibilidad solo se presenta, se repite, cuando lo alegado sea una violación grave de las obligaciones o prohibiciones (que no es el caso presente), no cuando se trata de una falta grave así consagrada previamente por el empresario."

"Precisado lo anterior, esta Sala debe señalar igualmente que, para que un hecho calificado previamente como falta grave, constituya una justa causa de despido en los términos del numeral 6) del literal a) del artículo 62 del CST, no requiere haber generado un perjuicio para el empleador, como lo sugiere la censura."

Por último, considera necesario la Sala señalar que la terminación del contrato de trabajo, se dio sin desconocimiento del principio de inmediatez, esto por cuanto el momento en que se encuentra probado en el plenario que el Banco tuvo conocimiento de la presunta falta del dinero en bóveda, lo fue el 09 de julio de 2020, el informe de auditorio fue emitido en el mes de julio de 2020, la citación a diligencia de descargos se dio el 06 de agosto de 2020, la diligencia de descargos se llevó a cabo el 13 de agosto de 2020 y la terminación del vínculo se dio el 21 de agosto de la misma anualidad, tiempo razonable que tomó el empleador para cerciorarse de la ocurrencia de las faltas realizadas por la actora, tal como a bien lo tiene el órgano de cierre Laboral, así:

"no se puede contabilizar el tiempo transcurrido hasta la ocurrencia de la desvinculación al margen de los actos llevados a cabo por la empresa con el fin de investigar lo sucedido, una vez tuvo conocimiento del comportamiento indebido del demandante" (Sentencia SL151-2019).

"se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos» y, por consiguiente, se tome «el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del

trabajador en los hechos a constituir la justa causa” (Vid. CSJ Sentencias SL114-2023, SL3010-2022, SL1433-2020, SL4059-2019, SL11969-2017 y SL3239-2015).

"b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.

Siendo este uno de los aspectos reprochados, y es que la jurisprudencia de esta Sala sostiene que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna y tempestiva, pues si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. También ha precisado que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos (CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 38855, reiteradas en la CSJ SL204-2023).

La razón por la cual se ha exigido el cumplimiento de la inmediatez se origina en que el tiempo que pasa entre la ocurrencia de los hechos alegados por el empleador y la decisión de finiquitar el vínculo laboral rompe el nexo causal que debe existir en estos casos, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de terminación, debe haber un lapso razonable, que comienza desde el instante en que el empleador conoce de los hechos que generan esa drástica medida, pues de no ser así, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada, el despido deviene en ilegal.”(SL605-2023)

Corolario de lo dicho, al acreditarse las justas causas impetradas por la entidad empleadora para dar por terminado el contrato de trabajo con la demandante, no le queda más a esta Sala que revocar la sentencia apelada y, en su lugar, absolver a la accionada de todas pretensiones de la demanda. Con imposición de costas en ambas instancias en contra de la actora y a favor de su contrincante.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 12 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No 23 001 31 05 001 2020 00182 01 FOLIO 183-22**, promovido por **OLGA PATRICIA NUÑEZ VERGARA** contra **BANCO DE LAS MICROFINANZAS BANCAMIA S.A.**, y, en su lugar, **ABSOLVER** a la entidad confutada de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada. Las agencias en derecho en esta instancia se tasan en 1 SMLMV.

RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2020 00182 01 FOLIO 183-22

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2021-00213-01 Folio 113-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha siete (07) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **RAFAEL EDUARDO RUIZ DURANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la ineficacia de la nulidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, condenar a Porvenir S.A, proceda a efectuar el traslado del capital acumulado en la cuenta individual del demandante hacia Colpensiones, incluyendo los respectivos rendimientos financieros y gastos de administración, condenar a Colpensiones, proceda a recibir los ahorros efectuados en la AFP Porvenir, finalmente, condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Señala el actor que prestó sus servicios para la E.S.E Hospital Local de Montelíbano, desde el 10 de abril de 1984 hasta el 11 de enero de 1995, durante ese tiempo estuvo afiliado a la Caja Departamental de Previsión Social de Córdoba.
- Aduce que, su traslado se debió a una actividad engañosa por parte de Porvenir S.A, dado que, nunca le brindo información de las posibles desventajas de realizar el traslado de régimen pensional y tampoco le fue informado que debía acumular un capital determinado para alcanzar a cubrir la pensión de vejez.
- Argumenta el actor que, los empleados de Porvenir S.A, se reservaron suministrar una asesoría profesional, clara, precisa, veraz y completa, con el objetivo de obtener el traslado al fondo privado.
- Finalmente, arguye que, presentó solicitud a Colpensiones para realizar el traslado de aportes financieros y así poder pensionarse en dicha entidad.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

En cuanto a los hechos señala que en su mayoría no le constan, pues corresponde a la relación del demandante con otra AFP y con respecto al último hecho manifiesta que si es cierto y que en su expediente reposa la solicitud de traslado.

En su defensa formuló las excepciones de *"Inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen; buena fe; ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones; no tener la condición de afiliada de la administradora Colombiana de pensiones; prescripción; innominada o genérica"*.

I.III.II PORVENIR S.A:

Al contestar la demanda el vocero judicial de Porvenir S.A, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la misma, dado que, la afiliación del demandante se realizó de forma libre, voluntaria e informada, después de ser asesorado sobre las implicaciones de su decisión y las condiciones de su decisión.

En cuanto a los hechos manifiesta que no le constan y no son ciertos, teniendo en cuenta que, fue realizado respetando la voluntad del actor y los asesores de Porvenir S.A., informaron de forma amplia las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales.

En su defensa formula las excepciones de: *"prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica"*

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha siete (7) de marzo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción de buena fe propuesta por Colpensiones, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media al RAIS, ordenar a PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES los aportes de pensiones efectuados por el accionante en el RAIS, junto a los rendimientos financieros, cuotas de administración y todos los demás aportes realizados por el actor durante el periodo en que estuvo afiliado al RAIS, ordenó a COLPENSIONES a recibir al actor como afiliado, junto con los aportes ordenados y costas por concepto de agencias en derecho a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A

En síntesis, la jueza de instancia, argumentó que la AFP Porvenir no pudo probar que le brindó información al afiliado con el formulario de vinculación, pues este trae una leyenda preestablecida que da cuenta que la vinculación fue libre y voluntaria, sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado claro que la suscripción de este no acredita el cumplimiento del deber de informar impuesto a las administradoras de pensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I PORVENIR S.A

Manifiesta la apoderada judicial de Porvenir S.A, que interpone recurso de apelación contra la decisión adoptada, por tanto, solicita que esta sea revocada y la administradora de pensiones sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues la afiliación del demandante no cuenta con

ningún vicio y de existir vicio este fue subsanado con el paso del tiempo, por otra lado, arguye que resulta inverosímil que 24 años después de haber realizado el traslado de régimen y con 3 traslados horizontales al RAIS la parte actora solicitó realizar un nuevo traslado de régimen.

Señala que durante el interrogatorio se demostró que el actor realizó el traslado según su capacidad legal de forma libre e informada y que el régimen de prima media y el RAIS no son iguales en razón de que los requisitos para acceder a la pensión son diferentes, por lo que, no se puede decir que uno es más ventajoso que el otro. Asegura que, la sola aseveración de falta de información señalada por el demandante no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, pues tal como lo indica el Código Civil, la ignorancia del derecho no sirve de excusa.

En cuanto a la rentabilidad en la cuenta de Ahorro Individual indica que, esta se debe a la ejecución de la función administrativa de la AFP y, por ende, esto no hubiere sido posible si el demandante se encontrara afiliado al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, argumenta que no hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual y demás emolumentos. Además, señala que, la Superintendencia recalcó que en caso de que proceda la nulidad e ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta personal del afiliado.

Con respecto a la condena en costas considera que su representada cumplió con su deber al momento de realizar la afiliación y jamás omitió información ni brindo indebida asesoría y que la parte actora es una persona capaz que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP y determinar si le convenía tomar la decisión. Finalmente, solicita en el evento de confirmar la decisión otorgar 5 días para realizar las respectivas anotaciones en ASOFONDOS y trasladar al afiliado al fondo de Colpensiones.

III.II ADMINISTRADORA DE PENSIONES- COLPENSIONES

El vocero judicial de Colpensiones, interpone recurso de apelación teniendo en cuenta que, no se encuentra conforme con asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo anterior por cuanto la afiliación del demandante al RAIS fue voluntaria y al tratarse de un acuerdo de voluntades, el cual solo involucra a las partes que intervienen, adicionalmente, su representada en ningún momento indujo o participo en la decisión tomada por el actor.

Seguidamente, señala que, Porvenir S.A debe ser quien asuma las consecuencias de ineficacia del traslado, es decir, cancelar las prestaciones que se tienen con tal declaratoria, debe ser dicho fondo quien le otorgue al demandante los beneficios como le corresponderían en el régimen de prima

media, pues itera que su representada es un tercero ajeno que no se involucró en el traslado, además, el actor se encuentra inmerso en la restricción de edad.

Finalmente, respecto a la condena en costas se opone a la misma, debido a que su actuar fue de buena fe, tanto el ISS como Colpensiones han sido respetuosos de la voluntad privada, y han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin generar implicaciones o influencia en las decisiones que adoptan al trasladarse. Reiteran que, su representada es un tercero de buena fe que no debe verse afectado por las resultas del proceso, además, señala que al declararse en primera instancia la prosperidad de la excepción de buena fe, no puede condenarse a costas y agencias en derecho.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A, hicieron uso de esta etapa procesal reiterando los argumentos esbozados en el recurso de alzada.

De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante, presentó alegatos indicando que la información suministrada por la AFP no fue clara, precisa y veraz, siendo requisito para acceder a lo pretendido con la presentación del recurso de las demandadas, en consecuencia, reitera lo dispuesto por la jurisprudencia y solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que, desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo

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

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés

propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio

alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación, también indica que no le fue aclarado que debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, pues no fue informado de la diferencia en los montos de la mesada pensional que recibiría ni frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien sean positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que el fondo privado sea el que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de otro lado, el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que

no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de

administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual, no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por la Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por la Jueza de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, puesto hubo réplica del recurso, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de las demandadas, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º 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.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, se fijarán las agencias en 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2021-00036-01 Folio 116-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia de fecha siete (07) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **FULGENCIO SOLIPA NAVARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor se declare la ineficacia de la afiliación de Protección S.A, declarar que para todos los efectos legales nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por tanto, siempre perteneció al RPM, como consecuencia, declarar su regreso al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, condenar a Protección S.A., a trasladar todos los aportes con sus incrementos a Colpensiones, finalmente, condenar en costas, gastos y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Argumenta el demandante que, empezó a cotizar en pensión en el RPM administrado por CAJANAL, desde el 16 de enero de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1993.
- Relata el actor que fue visitado por asesores de Protección S.A., quienes lo persuadieron para que se cambiara de régimen pensional, argumentando que el RPM se iba a acabar.
- Afirma que, comenzó a cotizar al nuevo régimen pensional desde junio de 1994, además, señala que ha cotizado un total de 1.717 semanas.
- Indica que, los asesores de Protección S.A., nunca le informaron de forma completa y comprensible de las consecuencias del traslado al nuevo régimen pensional, ni los beneficios que perdería en cuanto a liquidación, monto de pensión de vejez y edad pensional, tampoco le fue informado de que el monto de la pensión dependía del capital ahorrado.
- Finalmente, indica que realizó solicitud a Colpensiones para retornar al RPM pero esta le fue negada el 27 de junio de 2019.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Al contestar la demanda, el vocero judicial de Colpensiones indicó frente a las pretensiones oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedente, considera que el traslado goza de plena validez y no se evidencia que el traslado estuviera viciado de alguna forma, por tanto, no considera se deba declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

En cuanto a los hechos 1º, 4º y 11 son ciertos, los hechos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º no le constan, y respecto al 5º no es cierto según la historia laboral anexada por protección S.A, el accionante registra 1.302.8 semanas cotizadas.

En su defensa presentó las siguientes excepciones *"inexistencia de la obligación reclamada por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, prescripción, innominada o genérica"*.

I.III. II. PROTECCIÓN S.A.

Frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, puesto que, el acto de traslado fue válido, indica que en el formulario suscrito por el demandante se señala que se realizó de forma libre, espontánea, y realizado de acuerdo a todas las disposiciones legales vigentes.

Respecto a los hechos 1º, 4º, los hechos 2º, 6º, 10º y 11º no le consta y los hechos 3º, 5º, 7º, 8º, 9º no son ciertos. Además, propuso como excepciones *"falta de litisconsorte necesario, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, innominada o genérica.*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 07 de marzo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción de buena fe propuesta por Colpensiones y no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas, en consecuencia, declaró la ineficacia de traslado de régimen, ordenó a dicha administradora trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por el accionante, junto con sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los destinados al fondo de garantías de pensión mínima, debidamente indexados; orden a Colpensiones a recibir al accionante como afiliado junto con los aportes ordenados a ser trasladados, condena en costas por concepto de agencias en derecho a las demandadas en cuantía de 1 SMLMV.

En síntesis, la Jueza de primera instancia, señala que en diversas jurisprudencias la Corte ha dejado clara la importancia de suministrar información a los posibles afiliados al momento de realizar el traslado de un régimen pensional a otro, la Corte también ha indicado el contenido mínimo de información que deben suministrar las administradoras de pensiones.

Como efecto de la ineficacia que surge de la omisión de brindar información precisa y completa de todo lo que el traslado genera tenemos que en este caso para Colpensiones debe integrar al demandante como afiliado y Protección S.A.,

debe trasladar todos los aportes que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual en el RAIS junto con los rendimientos financieros.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I COLPENSIONES

El vocero judicial de Colpensiones manifiesta no se encuentra conforme con tener que asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, toda vez que el traslado del demandante al RAIS fue voluntario y al ser un acuerdo de voluntades solo compete a las partes que intervinieron, entre las que no se encuentra Colpensiones pues en ningún momento indujo o participo en la decisión del actor de trasladarse de régimen.

Debido a que fue Protección S.A, quien no brindó la información acerca de las ventajas y desventajas del cambio de régimen considera que es este quien debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado y brindarle al demandante los mismos derechos, obligaciones y beneficios que recibiría si se encontrara afiliado al régimen de prima media, esto debido a que el interés es la disparidad de cifras y esto no es causal de ineficacia de traslado y demás el accionante se encuentra inmerso en una restricción de edad por faltarle menos de 10 años para pensionarse y el traslado quebrantaría la sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, respecto a la condena en costas se oponen pues en el transcurso del proceso actuaron bajo el principio de la buena fe e igualmente el accionante no aporta pruebas como viáticos que demuestre que tuvo gastos durante el proceso que dé lugar a establecer costas. También argumenta que no hay lugar a costas debido a que prospero su excepción de buena fe.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal argumentando que, no están de acuerdo en que Colpensiones se vea inmerso en la ineficacia del traslado, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las

partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró la Juez de Primera Instancia a la condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los *"pro"* y también los *"contra"* que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

«[...] 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) [...]*

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Protección S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Protección S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, entre ellas la diferencia de valores en la mesada pensional y el hecho de que los asesores de indicaran al actor que el régimen de prima media se iba a acabar. Es pertinente aclarar que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, 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.

De otro lado, aduce el apoderado de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Protección S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Protección S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de

administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

De otra parte, se evidencia que el demandante con antelación a su afiliación en el RAIS, hizo parte de una caja de previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4º y 6º, estableció que estaría conformado por "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". Sin embargo, el artículo 34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en

relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. (Sentencia CSJ SL 2817-2019)

Ahora, si bien la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral en sentencia SL3587 de 2021, establece que son casos de afiliación inicial aquellos en los que los afiliados se encontraban en las Cajas de Previsión Social y posteriormente se trasladaban al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se reitera el criterio acogido por esta Corporación ha sido el de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2817-2019, SL 1305 de 2021, SL 2177 de 2021, en las cuales se tiene que los servidores públicos afiliados inicialmente a las Cajas de Previsión Social, al momento de ser derogadas, dicho régimen quedo incorporado al régimen de prima media, por tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por tanto, se reitera se confirmará la decisión de primera instancia.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, puesto que no existe réplica del recurso de alzada, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-005-2022-00299-01 Folio 141-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARTHA LUCIA DUARTE GONZALEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se ordene su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones el valor de la cuenta individual de ahorro de la demandante, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, con los rendimientos que hubieren causados con su administración; declarar y reconocer a la actora otros derechos diferentes a los pretendidos, en el evento de encontrarse acreditados por el operador judicial en uso de sus facultades extra y ultra petita, finalmente, condenar en costas a la parte demandada.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la demandante que, se vinculó al RPM a través de un empleador.
- Argumenta que en septiembre del año 2000 fue abordada por un agente de PORVENIR S.A, quien realizó el traslado de régimen sin informarle las implicaciones y consecuencias del traslado.
- Aduce la actora que, el asesor se limitó a ofrecerle sus servicios comerciales sin suministrarle información amplia, clara y veraz que diera lugar a que conociera las diferencias entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Manifiesta que, al cumplir los 47 años la entidad debió brindar doble asesoría a la actora, para que así esta valorara su permanencia en el RAIS o RPM.
- Indica la demandante que, el 14 de diciembre de 2021 solicitó a Porvenir S.A, el traslado de sus aportes a Colpensiones, sin embargo, la AFP respondió indicándole que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse, por lo que la solicitud no resultaba procedente.
- Finalmente, el 14 de enero de 2022 solicitó a Colpensiones su regreso al régimen de prima media con prestación definida, pero este respondió manifestándole que se encontraba a diez años o menos de pensionarse.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Al contestar la demanda manifestó frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedente, además, señala que su representada fue un tercero que no participó en el acto del traslado.

En cuanto a los hechos 1º y 9º son ciertos, los demás no le constan, del mismo modo, indicó que la actora realizó cotizaciones en materia pensional en el ISS hoy Colpensiones y posteriormente en septiembre de 2000 se trasladó hacia el RAIS administrado por Porvenir.

A modo de defensa presentó las siguientes excepciones *"inexistencia de la obligación reclamada por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica"*.

I.III.II. PORVENIR

Al contestar la demanda señaló frente a los hechos que no son ciertos y no le constan, seguidamente, respecto de las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas pues la actora se trasladó después de que recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió comparar los regímenes y tomar la decisión de acuerdo a sus intereses pensionales.

En su defensa presentó las siguientes excepciones *"Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica"*.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 24 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró ineficaz el traslado de la actora del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida al régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, en consecuencia, declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó a Porvenir S.A, devolver y/o trasladar al RPM hoy administrada por Colpensiones, los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación de la actora, como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, porcentajes cobrados por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía Mínima; ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada y dar validez a los aportes pensionales que reciba por parte de Porvenir, remitir copia de la sentencia al empleador de la actora, para que las cotizaciones posteriores sean realizadas a Colpensiones; finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada

de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

Finalmente, señaló que el formulario de traslado no es prueba de que a la actora se le hubiese brindado información clara, pues este se encuentra pre impreso y no cuenta con ninguna información acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, es debido a esta falta de información que se declara la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones, presenta recurso de apelación al no encontrarse conforme con la decisión, teniendo en cuenta que, su representada no tiene que asumir las consecuencia de la ineficacia del traslado, toda vez que el traslado del demandante al RAIS fue voluntario y al ser un acuerdo de voluntades solo compete a las partes que en el intervinieron, entre las que no se encuentra su representada, pues en ningún momento indujo o participó en la decisión del actora de trasladarse de régimen.

Aunado a lo anterior, señala que al ser Porvenir S.A, quien no brindó la información acerca de las ventajas y desventajas del cambio de régimen considera que es este quien debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado y brindarle a la demandante los mismos derechos, obligaciones y beneficios que recibiría si se encontrara afiliada al RPM, esto debido a que el interés es la disparidad de cifras y esto no es causal de ineficacia de traslado, adicionalmente, expone que la actora se encuentra inmerso en una restricción de edad por faltarle menos de 10 años para pensionarse y el traslado quebrantaría la sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, presenta inconformidad respecto a la condena en costas, dado que, en el transcurso del proceso actuaron bajo el principio de la buena fe e igualmente la demandante no aporta pruebas como viáticos o gastos durante el proceso que dé lugar a establecer costas. También argumenta que no hay lugar a costas debido a que prospero su excepción de buena fe.

III.II PORVENIR S.A

Manifiesta la apoderada judicial de Porvenir que interpone recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicita que esta sea revocada y la administradora

de pensiones sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues la afiliación del demandante no cuenta con ningún vicio y de existir vicio este fue subsanado con el paso del tiempo, por otra lado también les resulta inverosímil que dos décadas después de haber realizado el traslado de régimen la parte actora solicite realizar un nuevo traslado de régimen.

Indica que la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto 20191522169-003 indicó de forma expresa que en el caso de proceder ineficacia o nulidad de traslado las únicas sumas retornables serían los aportes y rendimientos individuales del afiliado y que retornar todas las demás sumas configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de la parte demandante.

Finalmente, señala que, se encuentra en desacuerdo con la condena en costas debido a que su representada cumplió con su deber al momento de realizar la afiliación y que jamás omitió información, ni brindó indebida asesoría, además, aduce que la parte actora es una persona capaz que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP y determinar si le convenía tomar la decisión.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., hicieron uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, en consecuencia, solicitan sea revocada la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia.

Las demás partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la

prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, entre ellas la diferencia de valores en la mesada pensional. Es pertinente aclarar que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

De otro lado, aduce la apoderada de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega la vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración.

Aunado a lo anterior, alega el vocero judicial de la demandada Porvenir S.A, que la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, indicó las únicas sumas retornables serían los aportes y rendimientos individuales del afiliado. Ahora, si bien el recurrente trae a colación el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, tal como se indicó

en las sentencias antes referenciadas. Razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas, en consecuencia, se confirmará este punto.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"***

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que las demandadas Colpensiones y Protección S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, puesto que no hubo réplica, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2020-00020-01 Folio 142-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **BERTHA BEATRIZ BETTIN BRACAMONTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y COLFONDOS S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora se declare la nulidad y/o ineficacia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, condenar a Protección y a Colfondos, a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por concepto de pensión, al igual que sus rendimientos financieros y gastos de administración, condenar a Colpensiones tener como afiliada a la actora y recibir los aportes realizados por Protección y Colfondos, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Arguye la demandante que, se afilió al sistema de pensiones administrado por el extinto ISS, en fecha 21 de febrero de 1991.
- Manifiesta la actora que, el 16 de junio de 1994, decidió afiliarse a la empresa ING Fondos de Pensiones y Cesantías S.A, la cual posteriormente fue absorbida por la AFP Protección S.A.
- Afirma la actora que, se encontraba en situación de múltiple vinculación entre el RPM y el RAIS, seguidamente, realizó traslado de AFP, afiliándose a Colfondos.
- Manifiesta que, fue designada al RAIS por el decreto 3995 de 2008, quedando afiliada a Colfondos.
- Indica la parte demandante que, al momento de trasladarse al RPM, ni Protección, ni Colfondos, le suministraron información a la actora en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de la pensión, además, omitieron el deber del buen consejo.
- Finalmente, aduce la demandante que el 16 de enero de 2020, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, sin embargo, dicha solicitud fue denegada mediante oficio N° 2020- 627081- 21845309.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones, pues el traslado se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables al caso concreto, respecto a los hechos 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 12, 13 son ciertos, los demás no le constan.

En su defensa formuló las excepciones de *“falta de causa para demandar, inoponibilidad por ser un tercero de buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado, innominada o genérica”*.

I.III.II PROTECCION S.A

El vocero judicial de Protección S.A, manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que, el acto de traslado existente, es válido y está exento de vicios de consentimiento, frente a los hechos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º son ciertos, los hechos 2º, 12 y 13 no le constan y los demás son falsos.

En su defensa formulo las excepciones de *"inexistencia de la obligación y falta da causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica"*.

I.III.III COLFONDOS

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colfondos S.A, quien respecto de las pretensiones manifestó no oponerse y, por tanto, no puede ser condenado a costas, frente a los hechos 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12, los demás no le constan.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró probadas la excepción de *"obligación de devolución de los aportes con todos los rendimientos, elementos financieros y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado"* presentada por Colpensiones, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la actora del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A, efectuado el día 16 de junio de 1994, declaró la ineficacia de los traslados que hizo la demandante entre fondos del RAIS, ordenó a COLFONDOS, trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales efectuados por la accionante al RAIS, junto con rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, condenó a Protección, trasladar a COLPENSIONES los descuentos o cobros que hizo durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada por gastos de administración, seguros provisionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima, debidamente

indexados, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora junto con los aportes ordenados, finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, puesto que su representada en ningún momento participó de en el traslado de la actora a los fondos privados de Protección S.A Colfondos, por tanto, solicita que sean los fondos privados los que solventes los beneficios, emolumentos y demás condiciones en las que tendría lugar la demandante en caso de haber permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente, aduce que se opone a la condena en costas, dado que, su representada actuó sin temeridad alguna y bajo el principio de buena fe.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La vocera judicial de la parte demandada Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo expuesto en el recurso de alzada, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante, reitera que a su representada no le fue suministrada de forma clara y precisa las consecuencias del cambio de régimen, por tanto, solicita se confirme la misma.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las

partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a Colpensiones.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

«[...] 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 previsionales, 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) [...]

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Protección S.A y Colfondos S.A., no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Protección S.A, y Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime

de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Protección S.A y Colfondos S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Colfondos S. A, y Protección S.A, sean los que otorguen los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio

exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, puesto hubo réplica, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de la demandada, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º 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.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS y agencias en derecho a Colpensiones, se fijarán tales agencias en 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-004-2019-00421-01 Folio 301-22

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil Veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la consulta de la sentencia fechada siete (7) de julio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **FABIO ENRIQUE CORDERO POLO** contra **GESTAR SALUD DE COLOMBIA IPS**.

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare que la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Gestar Salud de Colombia I.P.S. S.A.S desde el 15 de febrero de 2018 al 19 de julio de 2019, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones, dotaciones, aportes a seguridad social, indemnización por no consignación de cesantías, sanción moratoria de que trata el art 65 y costas del proceso.

I.II Hechos

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

- Indica el actor, suscribió un vínculo laboral de manera personal y subordinada con la sociedad Gestar Salud de Colombia I.P.S, S.A.S.,

desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería desde el 15 de febrero de 2018 hasta el 19 de julio de 2019, a través de un contrato de prestación de servicios.

- Arguye, las labores que desarrolló para la demandada eran propias del giro ordinario de sus actividades.
- Explica, fue despedido sin justa causa, ya que le informaron que tenía que ir a atender a un paciente fuera de Montería y manifestó que no tenía gasolina para transportarse.
- Comenta el demandante, su horario de trabajo era de 6:00 am hasta las 10:00 pm, teniendo un día de descanso quincenal, desempeñando funciones de administrar medicamentos a pacientes con hospitalización en casa, curaciones a pacientes, visitas, y toma de signos vitales, todo bajo la subordinación de la coordinadora de asistencia Amelia Ramos Murillo, quien le daba el plan de manejo de los pacientes.
- Manifiesta el trabajador, devengó como último salario la suma de \$1.100.000, adeudándole el pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social, dotaciones e indemnizaciones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.I. Gestar Salud de Colombia IPS S.A.S.

Respecto a los hechos planteados, manifiesta ser cierto que el demandante prestó sus servicios de manera personal, pero no bajo coordinación o subordinación, sin acordarse el pago de prerrogativas laborales o poderse configurar algún despido sin justa causa.

En lo que respecta a las pretensiones, se opone a la totalidad de las mismas. Plantea como excepciones de mérito "inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe contractual".

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 7 de julio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería decidió declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el Sr. Fabio Enrique Cordero Polo y Gestar Salud de Colombia IPS SAS,

desde el 15 de febrero de 2018 al 19 de julio de 2019, absolviendo a esta última de las condenas pretendidas.

Pudo determinar el a quo, el trabajador no logró demostrar los presupuestos necesarios para proceder con el pago de las condenas deprecadas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio, en esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el grado jurisdiccional de consulta en el presente asunto.

V.II. Problema jurídico.

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si se acreditó la existencia de una relación laboral entre el señor Fabio Enrique Cordero Polo y la sociedad Gestar Salud de Colombia I.P.S. S.A.S., verificando si se demostró la existencia de los elementos del contrato de trabajo, de ser así, establecer si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados.

V.III. Ahora bien, en primer lugar, es preciso indicar lo que es un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

Seguidamente, se debe precisar, para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T, esto es, se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Ahora, frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. CSJ SCL ha sido pacífica al manifestar que al trabajador

(demandante) solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones **(ver en este sentido sentencias de 25 de octubre de 2011, radicado 37547; SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras).**

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, a fin de verificar si efectivamente se sostuvo el vínculo deprecado por la parte demandante. En primer lugar, de las documentales allegadas tenemos, en la pág. 11 del Archivo Demanda, “*Contrato de prestación de servicios celebrado entre Gestar Salud de Colombia IPS S.A.S. y Fabio Enrique Cordero Polo*”, el cual fue suscrito por el término de cuatro meses el día 15 de febrero de 2018, lo cual sumado a la aceptación del hecho segundo de la demanda, referente a un vínculo laboral entre las partes hasta el 19 de julio de 2019, no deja discusión respecto a que se encuentra probada la prestación personal del servicio por cuenta del actor, lo que a la luz del artículo 24 del CST, activa la presunción que allí se establece a favor del trabajador, correspondiéndole a su empleador desvirtuarla.

Similares argumentos a estos fueron expuestos por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 15507 de 2015 del 11 de noviembre de 2015, MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al señalar:

*"Esta corporación ha enseñado que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica, **se presume el contrato de trabajo** sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral, correspondiéndole, en consecuencia, al empleador la carga de desvirtuar la subordinación o dependencia"*

De otra parte, es importante señalar que, en el plenario no existe prueba alguna que logre dar claridad a la Sala respecto a un salario mensual devengado por el demandante, pues este dependía de la cantidad de usuarios atendidos por el

auxiliar. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1702-2021 M.P. Ana María Muñoz Segura, en un caso similar, expresó:

"En relación con el salario mensual y siguiendo el precedente de esta Sala (CSJ SL2695-2015 y CSJ SL6621-2017, entre otras) debe decirse que, al no existir prueba fehaciente de su monto, se tomará como referencia el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente".

De igual forma en reciente jurisprudencia de ese mismo órgano de cierre, **(SL959-2023)**, en tal sentido se indicó:

"Para proceder con los cálculos se atenderán las sumas reseñadas y se promediarán con los salarios mínimos mensuales legales vigentes. En cuanto a los demás, al no haber prueba que permita establecer cuál fue la verdadera remuneración, se tomará el salario mínimo legal mensual".

De ahí que, si bien en el caso objeto de estudio no se encuentra establecido específicamente un salario, pues como se dijo anteriormente era variable, conviene resaltar que la reiterada jurisprudencia ha sido enfática en disponer que se debe presumir que el trabajador devengaba el salario mínimo legal mensual vigente.

Así, atendiendo la declaratoria del contrato laboral suscrito entre las partes, se procederá a condenar a la demandada GESTAR SALUD DE COLOMBIA I.P.S. S.A.S. a cancelar al solicitante lo correspondiente a las prestaciones sociales, tales como: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones durante el vínculo contractual, ello teniendo en cuenta que en el plenario no existe prueba alguna que logre acreditar que le fueron cancelados dichos emolumentos, los cuales será liquidados en base al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, tal como se estableció en precedencia.

De este modo, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se observa que la demandada debe cancelar las siguientes sumas:

CESANTÍAS					INTERESES SOBRE CESANTÍAS
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR CESANTÍAS POR PERÍODO	VALOR

15/02/2018	31/12/2018	781.242	316	685.757	72.233
01/01/2019	19/07/2019	828.116	199	457.764	30.365
TOTAL				1.143.521	102.598

PRIMAS DE SERVICIOS				
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR
15/02/2018	30/06/2018	781.242	136	295.136
01/07/2018	31/12/2018	781.242	180	390.621
01/01/2019	30/06/2019	828.116	180	414.058
01/07/2019	19/07/2019	828.116	19	43.706
Total				\$1.143.521

VACACIONES				
DESDE	HASTA	SALARIO	DÍAS	VALOR
15/02/2018	19/07/2019	828.116	515	592.333
TOTAL				592.333

De otra parte, respecto a la solicitud de “**indemnización por no suministro de dotaciones**”, debe traerse a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia, en **sentencia SL5107 -2018 M.P. Gerardo Botero Zuluaga**, donde se expresó:

*“Debe sumarse a lo anterior, que conforme a lo dicho por esta Sala, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero de las dotaciones, en razón a que las mismas tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato; tampoco se invocó la cláusula extralegal con base en la cual se hubiera podido disponer su indemnización monetaria, **para lo cual era necesario aportas elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia del incumplimiento de la obligación**”.*

En el anterior sentido, la indemnización que se genera por no haberse suministrado calzado y vestido de labor durante la relación laboral es una indemnización ordinaria de perjuicios, la cual como no se halla legalmente establecida ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar.

Así, en sentencia SL3743-2019 de la H. Corte Suprema de Justicia, reiteró lo decantado por dicha corporación respecto a la pretensión que hoy nos ocupa, así:

[...] el suministro de calzado y de vestido de labor como obligación laboral en especie no se debe a la terminación del contrato de trabajo, de forma que su incumplimiento no puede generar la indemnización por falta de pago prevista por el artículo 65 del C.S.T., en tanto este derecho supone que al fenecimiento del nexo no se paguen los salarios y prestaciones debidos. En cambio, la insatisfacción de las dotaciones ocasiona la indemnización ordinaria de perjuicios, cuyo monto por su propia índole tampoco puede dar lugar a la sanción moratoria en caso de retardarse su pago una vez culminado el vínculo laboral.

(CSJ SL, 15 abr. 1998, rad. 10400)

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

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

En el anterior sentido, corresponde al solicitante demostrar los perjuicios que le fueron causados por la no dotación de vestido y calzado para laborar, situación que para el presente caso no aconteció, razón por lo cual esta Sala desechará desfavorablemente dicha suplica y se abstendrá de emitir una condena por tal concepto.

Y en lo concerniente a la "**compensación por pago de aportes a seguridad social en pensión**", se tiene que en sentencia SL807-2013 estableció la H. Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“En efecto, una vez que el juzgador encuentra la configuración de un contrato de trabajo realidad, es procedente imponer el pago de todos los derechos y acreencias laborales que se derivan de ese vínculo jurídico, y que son inherentes a él, por su naturaleza o por disposición de la misma ley, tales como salarios, cesantías, vacaciones, aportes a la seguridad social, sin que tenga incidencia la adjetivación del comportamiento empresarial como de buena o mala fe, siempre y cuando hayan sido correctamente solicitados y no estén afectados por el fenómeno de la prescripción”.

En este orden de ideas, de acuerdo con el inciso 8 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, corresponde al empleador pagar el 75% de las cotizaciones y al trabajador el 25%.

En el presente caso lo que se pretende es la devolución de los pagos que realizó a la seguridad social, habida cuenta que durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios se afilió como trabajador independiente y se encuentra probado que cotizó de esa manera **(Vid. Pág. 35-48, Archivo 01Demanda)**, por lo que es claro que procede la devolución del porcentaje que le correspondía al empleador cancelar, esto es el 75% del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, de las cotizaciones realizadas por el señor Fabio Enrique Cordero Polo durante los meses del 15 de febrero de 2018 al 19 de julio de 2019, condena que se impondrá, lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente asunto se hizo uso de la presunción del SMLMV.

Sanción moratoria del art. 65 C.S.T.

Lo atinente a la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65 de la legislación sustantiva laboral, no opera de pleno ipso iure, sino que es el sentenciador quien está llamado a la tarea de escudriñar dentro de las pruebas oportunamente allegadas, si existió mala fe por parte del empleador demandado, pues no basta la sola prueba de que no hizo efectivo el pago de las acreencias laborales, sino que en su negativa, existió mala fe. Lo anterior es apenas lógico si se tiene en cuenta que toda actuación está cobijada por el principio general de presunción de buena fe, de índole constitucional, he aquí el papel del juez natural y sustantivo, pues dicho precepto es también un principio del derecho, respetado criterio que deviene desde los comienzos del inveterado tribunal del trabajo y que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue reiterando, **ejemplo de ello es sentencia de casación radicada bajo el número 11 436 de 29 de junio de 2016**, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Gerardo Botero Zuluaga, explicó:

“la absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción Radicación nº 45536 23 pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe. De suerte que la buena o mala fe fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giran alrededor de la conducta del empleador que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de declarar la existencia de un contrato de trabajo, el fallador debe contemplar las pruebas pertinentes para auscultar dentro de ellas, la presencia de los argumentos valederos que sirvan para abstenerse o no de imponer la sanción”.

En efecto, la sanción moratoria en comentario no es de aplicación automática. Por ende, en cuanto a su imposición este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla en comentario que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, Corte, por ejemplo, en sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767**, expresó:

“Si la censura invoca el contenido literal de las aludidas documentales, para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas,

es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo”.

Múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **Sentencia SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**).

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

Pues bien, de las pruebas recaudadas se tiene que, a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo ha de llegarse exclusivamente por la presunción de contrato de trabajo establecida en el art. 24 del C.S.T., pues ninguna de las pruebas recaudadas revela el ejercicio del poder subordinante por parte de la demandada al actor. En efecto, de las documentales anexadas al expediente, sólo se desprende que el demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, mas no reveló circunstancia alguna que conlleve a concluir el ejercicio de un poder subordinante.

En este orden de ideas, no habrá lugar a la condena solicitada, y, a sabiendas que la indemnización por no consignación de cesantías deprecada, también se sustenta en el principio de la buena fe, es dable entender que tampoco será procedente esta condena, por lo que, se despachará desfavorablemente.

VI. COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que, en el presente asunto se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia consultada, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **GESTAR SALUD DE COLOMBIA IPS S.A.S.**, al pago de los emolumentos solicitados y que no fueron cancelados durante la relación laboral en el período comprendido desde el 15 de febrero de 2018 al 19 de julio de 2019, los cuales se discriminan de la siguiente manera:

- **Devolución del 75% de las cotizaciones realizadas a seguridad social por parte del trabajador de manera independiente, teniendo en cuenta el SMLMV.**
- **Cesantías: \$1.143.521.**
- **Intereses sobre las cesantías: \$102.598.**
- **Prima de servicios: \$1.143.521.**
- **Vacaciones: \$592.333.**

SEGUNDO: ABSOLVER a la entidad **GESTAR SALUD DE COLOMBIA IPS S.A.S.**, de las demás pretensiones incoadas en el líbelo demandatorio.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia consultada en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-004-2022-00032-01 Folio 405-22

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **LUDIS ESTHER LUGO MONTALVO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del régimen pensional hecho por PORVENIR S.A, como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES en el régimen de prima media, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación de la accionante, más los rendimientos, de igual forma solicita se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que traslade PORVENIR S.A, indexación de las condenas, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la demandante que la afiliación a COLPENSIONES la realizó el día cuatro (4) de diciembre de 1996, y en fecha ocho (8) de marzo de esa misma anualidad fue afiliada al RAIS.
- Alega la demandante que PORVENIR S.A no fue clara en la información suministrada con respecto a las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al RAIS.
- Manifiesta que el día 24 de mayo de 2019, presentó solicitud de traslado ante Colpensiones, y en la misma data Colpensiones rechazó la solicitud de traslado.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien manifiesta respecto de los hechos 1º, 6º y 7º son ciertos, los hechos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 9º no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, excepción de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones, declaratoria de otras excepciones innominada o genérica."*

I.III.II PORVENIR S.A: La demanda fue contestada por **PORVENIR S.A.**, quien respecto de las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de ellas, respecto a los hechos 1º, 6º, 7º, 8º y 9º, no le constan, los demás no son ciertos.

Finalmente presentó las excepciones: *"Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe"*.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 28 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar probada la excepción *“Obligación de devolución de los aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado”*, impetrada por COLPENSIONES, y las demás excepciones fueron declaradas NO PROBADAS, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que hizo la demandante del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida bajo administración de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISION (CAJANAL) hacia el RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 1996, del mismo modo, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, ordenó a PORVENIR S.A como administradora de fondos de pensiones del RAIS para que realice las devoluciones de los aportes, rendimientos , bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, finalmente, condenó en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I. ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que presenta recurso de apelación en contra la sentencia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, en primer lugar, manifiesta que COLPENSIONES carece de cualquier tipo de responsabilidad que diera lugar al traslado efectuado por la demandante, toda vez que el ISS hoy Colpensiones, no tuvo injerencia en dicho traslado, de igual forma la demandante no hizo uso de su derecho de retracto, lo que lleva a inferir la intención de la demandante de permanecer en el RAIS administrado por PORVENIR S.A.

Informa que en los casos de personas que venían afiliadas a CAJANAL la normativa implicaba que las personas que estuvieran afiliadas al Régimen de prima media administrados por estas cajas de previsión pasaban automáticamente al ISS, a menos que manifestaran su voluntad de afiliarse a otro régimen, indica que de esta forma queda manifestada la clara intención de la demandante de querer afiliarse al RAIS, debe tenerse en cuenta que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria, por consiguiente, solo afecta a las partes que en ella intervinieron y Colpensiones fue un tercero en dicha circunstancia.

Además, manifiesta que la actora solicitó su retorno al Régimen de prima media encontrándose dentro de los 10 años anteriores a recibir su derecho pensional, esto imposibilita que Colpensiones la recibiera como afiliada por vía administrativa, siendo el único competente para determinar la situación, el Juez Laboral.

Finalmente indica la recurrente que, se ratifica la falta de participación de Colpensiones en el traslado, con respecto a las condenas en costas, considera que se están vulnerando la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y a su vez la situación pensional de otros afiliados. Razón por la cual, solicita sea revocada la sentencia proferida en esta instancia.

III.II PORVENIR S.A:

El vocero judicial de PORVENIR S.A, presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, indicando que, el traslado se realizó toda vez que, la parte demandante decidió el régimen al cual quería pertenecer el cual fue el RAIS a través de la AFP HORIZONTE desde el año 1996, la cual fue voluntaria y consentida teniendo en cuenta que se agregó al expediente formulario de afiliación de la parte demandante, previo a ello, realizó una reunión con un asesor de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A en la cual se le suministró información veraz, suficiente y completa, como prueba de ello la accionante suscribió formulario de afiliación para materializar el traslado de régimen pensional.

Por otro lado, resaltó que la demandante contó con la oportunidad de revertir su decisión, ejerciendo el derecho de retracto.

En lo atinente a la devolución, traslado o reintegro a la administradora de pensiones los gastos de administración y primas de seguros previsionales que hay que pagar a las aseguradoras, no resulta viable la devolución, teniendo en cuenta que ambas tienen una destinación legal artículo 20 de la ley 100 de 1993,

y estos descuentos no obedecen a un capricho de su mandante sino a esa orden legal que tiene una destinación específica gastos de administración tendientes al manejo de su cuenta, inversiones para obtener rendimientos, rentabilidades o incrementos de estos recursos y las sumas de prima de seguros previsionales tiene también su destinación legal de cubrir las contingencias de vejez, invalidez o muerte.

Por otro lado, lo que respecta a los rendimientos arguye que teniendo en cuenta que en el régimen de prima media con prestación definida la suma depositada en la bolsa común no generan rendimiento alguno y si en el RAIS, por lo que, ordenar la indexación de esta suma más los rendimientos financieros de intereses genera una exclusión entre las sumas mencionadas por cuanto con los rendimientos se supera lo que podría generar la indexación de esa suma y no puede perder de vista la administración de justicia que su representada hace parte del sistema general de pensiones, razón por la cual, no tiene sentido entonces que a la persona que se le ordena restituir una suma depositada a una cuenta igualmente devuelva la suma que invirtió para incrementarla en cumplimiento de los mandatos legales. Finalmente solicita sea revocada la sentencia proferida en primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A, hicieron uso de esta etapa procesal reiterando lo expuesto en el recurso de alzada con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto

neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio

alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PORVENIR S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

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

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

De otro lado, aduce el apoderado de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que PORVENIR S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Porvenir S.A, que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019**.

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

De otro lado, se evidencia que la parte demandante con antelación a su afiliación al RAIS, hizo parte de una Caja de Previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4º y 6º, estableció que estaría conformado por "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". Sin embargo, el artículo

34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. (**sentencia CSJ SL 2817-2019**)

De conformidad con lo anterior, debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, se colige que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con anterioridad al acto de traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demanda Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, dado que hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñada en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, según la motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2020-00164-01 Folio 43-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha primero (01) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **BEATRIZ ELENA MENDEZ CABRALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS, en consecuencia, condenar a PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la actora por concepto de pensión, al igual que sus rendimientos financieros, del mismo modo, ordenar a Colpensiones aceptar como afiliada a la demandante y por consiguiente reciba los aportes realizados a PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A, finalmente, condenar en costas y agencias a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la parte actora que tiene 52 años de edad y ha laborado al servicio del municipio de Montería en los cargos de: secretaria de valorización municipal de Montería desde el cuatro (4) de febrero de 1993 hasta el 16 de septiembre de 1998, jefe de contabilidad y presupuesto desde el 17 de septiembre de 1998 hasta el 30 de diciembre de 1998 y como profesional universitario desde el 21 de enero de 2010 hasta la actualidad.
- Indica que, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 la demandante se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Municipal de Montería.
- Arguye la demandante que, el 10 de julio de 1995, realizó traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado hoy por Colmena, hoy Protección S.A.
- Afirma que, el 14 de mayo de 2007, realizó el traslado de AFP y se afilió a Porvenir S.A.
- Expone la actora que el 01 de mayo de 2010, una vez más se trasladó de AFP y se afilió a Colfondos S.A.
- Manifiesta que, al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los fondos privados demandados, estos no le brindaron información clara, precisa y concreta que le permitiera conocer las consecuencias negativas que del régimen pensional.
- Alega la parte demandante que, en fecha 25 de noviembre de 2019, solicitó a la entidad demandada Colpensiones, la afiliación y/o traslado de régimen, sin embargo, Colpensiones respondió negando la solicitud de traslado de régimen.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad

de la demandante, en cuanto a los hechos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 11 y 12 manifestó que son ciertos y los demás no le constan.

En su defensa formuló las excepciones denominadas *“falta de causa para demandar, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, excepción de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES (en caso de ineficacia de traslado de régimen), prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica”*.

I.III.II COLFONDOS S.A:

Al contestar la demanda Colfondos S.A, a través de su vocero judicial indica no oponerse a las pretensiones y no propone excepciones.

I.III.III PROTECCION S.A:

Respecto a las pretensiones PROTECCIÓN S.A, manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues afirma que el acto se encuentra exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Además, afirma que la prueba de que el traslado se realizó a voluntad de la demandante, así mismo, informa que los asesores que la atendieron le debieron brindar la información adecuada con forme a la normativa de la época.

En su defensa formulo las excepciones de *“inexistencia de a obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica”*.

I.III.IV PORVENIR S.A

Al contestar la demanda el vocero judicial de Porvenir S.A, indica frente a las pretensiones oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que la vinculación de la actora en el año 2007 fue de manera libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión.

Excepciones presentadas "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación excepción genérica*".

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha primero (1º) de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas Colpensiones, Protección y Porvenir, en consecuencia, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen, de Prima Media al RAIS, realizado por la demandante el 01 de agosto de 1995, en consecuencia, ordenó a Colfondos a realizar el traslado de los aportes de pensión junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a Colpensiones, ordenó a Colpensiones recibir como afiliada a la señora Beatriz Elena Méndez Cabrales, junto con los aportes realizados a Colfondos y condenó a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A en costas y agencias en derecho.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, toda vez que, no está de acuerdo en que su representada tenga que asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, considera que la demandante se trasladó al RAIS de forma voluntaria, decisión en la que no existe participación alguna de Colpensiones.

Seguidamente, alude que se están vulnerando los intereses de su defendida, toda vez que siempre ha sido un tercero de buena fe que no tuvo ningún tipo de participación o injerencia en el acto de traslado de la parte demandante, indica que es importante resaltar que el demandante no hizo uso de la facultad de retracto.

Indica que la demandante se encontraba a menos de 10 años de adquirir sus derechos pensionales, por lo que, a su representada le era imposible recibir al demandante como afiliado por mandato expreso de la ley 100 de 1993.

En ese sentido, se evidencia que el acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., Protección S.A y Colfondos, se trató de un acuerdo de voluntad de la afiliada, habida cuenta que es la única competente para determinar en qué fondo y en que administradora desea estar afiliada.

De igual forma, indica que se está vulnerando la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Por lo que, solicita se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que el demandante no contaba con el derecho a acceder a un traslado, por lo que, solicita se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas en la sentencia, incluida la condena en costas acorde con lo expuesto en precedencia.

III.II PORVENIR S.A:

El apoderado judicial de Porvenir S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación en contra de la condena en costas y solicita se revoque esta, toda vez que su representada cumplió con las obligaciones vigentes a su cargo, por lo que, no es procedente dicha condena.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal, en fecha 21 de febrero de 2023, reiterando lo expuesto en el recurso de alzada.

De otro lado, el apoderado judicial de Porvenir S.A, en fecha 20 de febrero de la presente anualidad, presentó alegatos de conclusión reiterando que, la parte demandante no probó los eventos previsto para declarar nulidad absoluta, en consecuencia, solicita se revoque la decisión al no presentarse los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado pensional del demandante.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad...";* información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación

inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otro lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatorio y no pueden pretender los fondos de

pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

De otro lado, aduce la apoderada de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Porvenir S.A, que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)**

la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

De otro lado, se evidencia que la parte demandante con antelación a su afiliación al RAIS, hizo parte de una Caja de Previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4° y 6°, estableció que estaría conformado por “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”. Sin embargo, el artículo 34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. **(sentencia CSJ SL 2817-2019)**

De conformidad con lo anterior, debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, se colige que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con anterioridad al acto de traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado fueron impuestas, salvo a las demandadas Protección S.A, y Porvenir S.A, administradoras de pensiones a las que se encontraba afiliada inicialmente la actora, por lo que, corresponde a esta devolver los gastos de administración. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL2832-2020**, discurrió:

"Además de lo anterior, emerge como consecuencia que Porvenir S.A. y Protección S.A., deban devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el

periodo en que la demandante permaneció afiliada a esas administradoras”.

Así las cosas, al resolverse el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se torna necesario, adicionar la sentencia de primera instancia, en consecuencia, condenar a Protección S.A, y Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo de pensiones.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

“Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T”

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, puesto que no hubo réplica, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de que la condena a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR S.A, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-005-2022-00129-01 Folio 486-22

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **SIOMARA DEL CARMEN PERNETT SANCHEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado efectuado del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y Colfondos S.A, como consecuencia, solicita que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado como si ello no hubiese ocurrido, es decir, se mantiene la afiliación al RPM administrado por Colpensiones, además, solicita se ordene a las AFP Porvenir S.A y Colfondos S.A, devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros, gastos de administración y los bonos pensionales a Colpensiones, del mismo modo, procedan de forma inmediata a realizar la devoluciones correspondientes, ordenar a Colpensiones proceda a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media, finalmente, condenar en costas y agencias a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la demandante que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones desde el 04 de febrero de 1991 hasta el 01 de marzo del año 1995, realizando sus cotizaciones en materia pensional.
- Aduce que, a partir del 01 de marzo de 1995 hasta el 25 de octubre de 2004, se encontraba afiliada a la AFP Porvenir S.A,
- Indica la demandante que, se encuentra actualmente afiliada al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A.
- Afirma la demandante que, en la actualidad cuanta con un total de 1427,14 semanas cotizadas desglosadas entre los tres regímenes de pensiones en los que cotizó.
- Alega que, los traslados efectuados del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A, y Colfondos S.A, no recibió información, ni doble asesoría, ni indicaron la diferencia del régimen y mucho menos los beneficios que conllevan estos.
- Afirma la actora que el día 07 de abril del año 2022, mediante radicado N° 2022_4539193 la entidad COLPENSIONES le informó que no era procedente realizar el trámite de traslado puesto que se encontraba a diez años o menos de cumplir el requisito de tiempo para pensionarse.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la*

edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, excepción de prescripción, excepción de buena fe, innominada o genérica.

I.III.II PORVENIR S.A:

El vocero judicial de Porvenir S.A, manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones, pues considera que la parte demandante no allega prueba alguna que acredite la existencia de un supuesto que pueda dar lugar a la declaración de nulidad o ineficacia de la afiliación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que su representada cumplió con la obligación de dar información a la demandante, pues a la fecha de realizar el traslado no estaban obligados a dar información tan rigurosa como pasa hoy en día, afirma que el traslado de la demandante fue de libre elección y en plena capacidad legal, por lo cual considera que la demandante tenía el deber de informarse por sus propios medios del acto jurídico de trasladarse de régimen pensional y sus consecuencias.

En su defensa formuló las excepciones de "*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*".

I.III.III COLFONDOS S.A.

A través de su apoderado judicial COLFONDOS S.A., manifiesta no oponerse a las pretensiones y, por ende, no ser condenada por esos conceptos, además, no presenta excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, en consecuencia, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPMD al RAIS administrado por Porvenir S.A, el primero (1º) de febrero de 1995, ordenó a Colpensiones proceda a recibir al demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, condenó a Porvenir S.A a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y/o descontado de la actora a Colpensiones, del mismo modo, ordenó a Colfondos a devolver a

Colpensiones todos y cada uno de los emolumentos que tienen en su cuenta individual a partir del 1º de septiembre de 2004 hasta la actualidad, tales como los bonos pensionales (si hay lugar), pago de aportes pensionales mínimos debidamente indexados, ello con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, todo para cada una de las condenas Porvenir y Colfondos, establecer su IBC correspondiente, con los rendimientos que hubieren causado, asimismo, deberán devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a Colpensiones, ordenó a Colpensiones tener a la demandante como su afiliada y validar los aportes pensionales que reciba por parte de Colfondos y Porvenir S.A, finalmente, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

Aduce el juez de primer grado que, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1991, y al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, al realizar la elección tenía dos opciones, escoger a Colpensiones en el Régimen de Prima Media o trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, el hecho de que ella hiciera una elección no anula su vinculación al régimen de prima media, sin embargo, la actora realizó su traslado a Porvenir S.A, el cual fue objeto de multi-afiliación, por lo que concluye que esa afiliación al entrar en vigencia la Ley 100 fue realizada al RAIS y no al RPM.

Señala el A quo que una vez aclarada tal circunstancia, se evidencia que la AFP no le brindó una información clara, precisa y detallada como lo ha establecido la jurisprudencia, por tanto, no quedó demostrado el deber de información, razón por la cual, vuelven las cosas al estado que estaban, cuando realizó la elección inicial, es decir, la demandante quedaría afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, en aquel momento.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que ha sido un tercero de buena fe, además, señala que la demandante realizó su afiliación de manera libre y voluntaria, además, señala que su representada no tuvo ningún tipo de participación o injerencia en el acto de traslado de la parte demandante.

Indica que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional, por lo que, a su representada le es imposible recibir a la

demandada como afiliada por mandato expreso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De igual forma, indica que, ninguna persona puede beneficiarse de los recursos que han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, toda vez que si llegara a pasar se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al descapitalizar los recursos dispuestos para aquellos que cancelen las mesadas pensiones futuras. Razón por la cual, solicita se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas en la sentencia, incluida la condena en costas acorde con lo expuesto en precedencia.

III.II PORVENIR S.A:

El apoderado judicial de Porvenir S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revoque el numeral tercero en el cual se le ordena trasladar a Colpensiones los valores descontados por los conceptos de gastos de administración, las sumas provisionales y lo destinado a la garantía a la pensión mínima de manera indexada, menciona que dichos descuentos son válidos y legales, pues se encuentran establecidos en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, así mismo, indica que los gastos son cobrados por los dos regímenes la actora igualmente tendría que asumir estos gastos perteneciendo a Colpensiones, por ello, afirma que estos impuestos no se deben tener como el detrimento de los aportes de un afiliado.

Por otra parte, menciona que en el régimen privado durante el tiempo que la demandada se encontraba afiliada a Porvenir S.A, le generaron unos rendimientos financieros, pues una de las obligaciones de los fondos privados es la de generar una rentabilidad mínima a sus afiliados, en su momento estos rendimientos fueron trasladados junto con los otros aportes de la actora a Colfondos de manera incrementada.

En cuanto a la condena en costas manifiesta que la actora no se encuentra afiliada a Porvenir S.A, por ende la solicitud de ineficacia del traslado no puede ser resuelta por la misma, por lo que, le correspondía a la parte actora acudir a la vía judicial para que un juez ordenara el traslado, resalta que la actora se encuentra en una prohibición legal de no poder trasladarse por su edad, razón por la cual, al haber actuado de buena fe y sumado el argumento anterior solicita sea absuelta a la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de la parte demandada **Colpensiones**, hizo uso de esta etapa procesal, reiterando lo expuso en el recurso de alzada, en el entendido que, la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en el intervinieron, por tanto, solicita sea revocada la sentencia.

Del mismo modo, la vocera judicial de la demandada **Porvenir S.A**, indicó que sea revocada la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta no existían razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues este fue realizado por la actora de forma espontánea, sin previsiones o apremios de alguna naturaleza.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año

2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que

resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio

alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A, y Porvenir S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Colfondos S.A, y Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

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

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

De otro lado, aduce la apoderada de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, y Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-

2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

*En efecto, en la última providencia se señaló:
Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]*

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir, puesto que no hubo réplica, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-004-2022-00114-01 Folio 59-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha dos (2) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **BIBIANA MARIA OYOLA CALDERON** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, condenar a Colpensiones afiliar a la actora al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, declarar que ha tenido como única afiliación valida al sistema general de pensiones la realizada al régimen de prima media con prestación definida, condenar a Porvenir S.A, realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes por la actora durante la vigencia de la afiliación, así como los valores correspondientes a los rendimientos financieros, condene a Colpensiones las cotizaciones en pensiones recibidas en vigencia de la afiliación irregular de la accionante, con la equivalencia de ahorro exigida en caso que hubiere permanecido en RPM, así como los valores correspondientes a los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos, condenar a Colpensiones recibir los aportes y valores trasladados por Porvenir S.A,

finalmente, solicita condenar a Colpensiones proceda a autorizar la historia laboral.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la actora que, fue afiliada y cotizó en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, posteriormente fue trasladada al RAIS administrado por Protección S.A, desde donde se trasladó a Porvenir S.A donde se encuentra afiliada actualmente.
- Indica que, al momento de trasladarse ninguno de los fondos privados le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de cambiar el régimen de Prima Media para trasladarse al régimen que ellos administran.
- Arguye la demandante que, durante el momento del traslado tampoco le fue informado sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para recibir una pensión de vejez, de igual manera omitieron informarle sobre las variables que influyen en su mesada pensional, como lo son: la expectativa de vida del afiliado, la conformación de su grupo familiar, entre otras.
- Afirma la actora que, el día 21 de abril, presentó ante Colpensiones solicitud de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado, la cual fue negada en fecha 25 de abril de 2022.
- Finalmente, aduce que por falta de información documentada las administradoras de pensiones del RAIS la indujeron en un error al trasladarse de régimen pensional, perjudicando su situación pensional.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I PROTECCIÓN S.A

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Protección S.A, quien respecto de las pretensiones manifiesta oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que se trató de un traslado de AFP, por lo que los juicios hechos a la demandada no se ajustan al acto realizado y frente a los hechos 1º,

2º, 3º manifiesta que son ciertos, los hechos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º son falsos y los demás no le constan.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de razones para la anulación del acto de traslado de AFP, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica"*.

I.III.II COLPENSIONES

Manifiesta oponerse a todas y cada una de las pretensiones, pues el traslado se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables al caso concreto. En su mayoría no le constan los hechos, toda vez que estos tratan de circunstancias ajenas a Colpensiones.

Indica que el traslado es un acto jurídico reglado, en el cual el afiliado escoge de forma voluntaria y mediante el diligenciamiento de un formulario, la administradora de pensiones y el régimen pensional al cual afiliarse, por tanto, es claro que solo es el afiliado aquel que determina que régimen pensional le resulta más conveniente, en consecuencia no resulta lógico que siendo Colpensiones un tercero ajeno que no intervino en la decisión de la actora de realizar el traslado tenga que asumir las consecuencias de este.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, excepción de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, buena fe, no tener la condición de afiliado de la administradora Colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado, innominada o genérica"*.

I.III.III PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda Porvenir S.A, respecto a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues afirma que la actora no aporta pruebas que sustenten la ineficacia de la afiliación y se encuentra válidamente vinculada al RAIS.

Manifiesta que no existe razón para decretar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, dado que, le brindaron información a la actora, en

concordancia con los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en la que se produjo el traslado, por tanto, cumplió con sus obligaciones de brindar información a la accionante.

En su defensa formulo las excepciones de “*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*”.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha dos (2) de febrero de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, declaró probadas la excepción de “obligación de devolución de los aportes con todos los rendimientos, elementos financieros y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado” presentada por Colpensiones y las demás no probadas, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la actora del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección, en consecuencia, ordenó a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad, ordenó a PORVENIR realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, y a Protección S.A realizar la devolución de los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima que se generaron mientras la demandante se encontraba afiliada a dicha AFP, finalmente, condenó en costas las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida. En cuanto a declarar ineficaz el traslado aclara que como efecto de este el acto carece de efectos jurídicos desde un nacimiento y por tanto la demandante debe ser recibida como afiliada por la administradora de pensiones Colpensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, dado que, su representada en ningún momento participó en el traslado de la actora a los fondos privados de Protección y

posteriormente Porvenir, por tanto, solicita plantea que los fondos privados solventen los beneficios, emolumentos y demás condiciones a las que tendría lugar la demandante en caso de haber permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente, indica que su representada en ningún momento participó en los actos que dieron lugar a la vinculación de la demandante al RAIS, es decir, no tuvo participación y, por ende, no debería ser afectado por el fallo, razón por la cual se debe revocar el mismo y absolver a la entidad de todas y cada una de las condenas impuestas en el fallo de primera instancia.

III.II PORVENIR S.A:

El apoderado judicial de Porvenir S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación en contra de los numerales segundo, cuarto y sexto. Lo anterior, teniendo en cuenta que, su representada cumplió con su deber de brindar información a la actora, además, alude que la obligación del buen consejo, la doble asesoría y desanimar al afiliado, no se encontraban vigentes al momento en que a la actora realizó el traslado de administradora de pensiones, aunado a ello, las normas que ahora obligan a las AFP a dar una información completa no son retroactivas razón por la cual su representada acudió al proceso con las pruebas documentales con las que cumplió el deber de información en el año 99.

De otro lado, señala que durante el interrogatorio quedó claro que el motivo por el cual la actora está solicitando el traslado de régimen es porque busca obtener una mejor mesada pensional. Además, indica que en el evento de mantenerse la declaratoria de ineficacia, solicita sea revocada parcialmente la condena impuesta en el numeral cuarto, dado que, se ordena que se devuelva de manera indexada los gastos de administración, seguros provisionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, este último es propio de los fondos privados y su descuento se realizó de acuerdo a la ley estipulada, lo mismo sucede con los gastos de administración y seguros provisionales, que en el caso de que la actora nunca se hubiera trasladado al RAIS no se habrían generado estos rendimientos financieros, por lo cual no se debería ordenar su devolución.

Finalmente, aduce respecto a la condena en costas que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse de manera administrativa, carga que es impuesta por la Ley, por tanto, solamente la devolución procede bajo la ineficacia del traslado. Razón por la cual, solicita ser absuelta de la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. COLPENSIONES.

El vocero judicial de Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo expuesto en el recurso de alzada, en el sentido de, solicitar sea revocado la sentencia proferida, basado en que el acto de afiliación al sistema general de pensiones es voluntario y que esto queda claro con el diligenciamiento del formulario de aplicación, por otro lado, indica que la obligación de brindar doble asesoría fue establecida recientemente por la Superintendencia Financiera con la finalidad de que los afiliados tomen la decisión que más les convenga, también se estableció la responsabilidad de las administradoras de ponerse en contacto con aquellos afiliados a los que les faltare 12 años para cumplir la edad pensional y así estos puedan verificar que tan conveniente les es realizar un traslado de régimen antes de llegar a la edad donde no les sea posible trasladarse.

Aunado a ello, itera que debería ser el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aquel que debería asumir las consecuencias del traslado y brindarle a la actora los derechos y beneficios que recibiría en el Régimen de Prima Media.

IV.II PORVENIR S.A.

El vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar ineficaz el traslado, aclara que al momento del traslado de la actora le brindaron la información en concordancia con lo establecido en esa época, pues le fue entregado un formulario de afiliación.

Además, argumenta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría al afiliado son obligaciones surgidas a partir del 2010 y 2014, por tanto, no existían en el momento de afiliación de la actora, por otra parte, también señala que la afiliada tiene el deber de diligenciar y cuidar sus propios negocios y que las condiciones de pertenecer al régimen están establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que, la ignorancia o desconocimiento no sirve de excusa.

IV.III PARTE DEMANDANTE.

El vocero judicial de la parte demandante presenta alegatos de formas extemporánea, puesto el terminó feneció el seis (6) de marzo del 2023, y el escrito fue presentad el ocho (8) del mismo mes y año.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos

pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A y Protección S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de Porvenir S.A y Protección S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A y Protección S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, prima de seguro y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, implele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Porvenir S.A, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, puesto que el demandante presentó alegatos de forma extemporánea, por lo cual, no se encuentran causados.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2021-00280-01 Folio 89-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **EDUARDO ENRIQUE TAPITA VERTEL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se declare que el demandante ha tenido como única afiliación válida y eficaz la del régimen de prima media con prestación definida, se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los aportes de pensiones recibidos durante la afiliación ilegal del demandante, incluyendo los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos administrativos y demás emolumentos que se encuentren en la cuenta individual del actor, ordenar a Colpensiones proceda a recibir los aportes que traslade Porvenir S.A, finalmente, condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Indica el demandante que, a partir del 23 de febrero de 1990, se vinculó laboralmente al colegio Gimnasio el Recreo, a través del cual se afilió al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.
- Arguye el actor que en mayo del 2002 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A, este último no le informó documentalmente acerca de las consecuencias positivas y/o negativas de un régimen y otro.
- Manifiesta que, en fecha 21 de octubre de 2021 presentó solicitud de traslado de régimen pensional a Colpensiones, ese mismo día el régimen pensional rechazó la petición de traslado argumentando que el demandante se encuentra a menos de 10 años para jubilarse.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de los hechos 1º, 3º, 7º y 8º son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, intolerabilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, ausencia de nexo causal por conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepciones prescripción e innominada o genérica "*.

I.III.II PORVENIR S.A

Al contestar la demanda Porvenir S.A, manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues la afiliación realizada fue libre, voluntaria e informada, frente a los hechos 1º, 2º, 7º y 8º no le constan y los demás no son ciertos.

En su defensa formulo las excepciones de *"prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación, genérica."*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción de buena fe propuesta por las demandadas y negó las demás, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al RAIS, realizado por el demandante el día 15 de marzo de 2002, con efectividad el 01 de mayo de 2002, ordenó a PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES, los aportes pensionales efectuados por el accionante al RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguro provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima; y ordenó a Colpensiones a recibir al actor como afiliado, junto con los aportes ordenados, finalmente, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

En síntesis, la jueza de primera instancia manifestó que, en el caso concreto no existe prueba documental que ofrezca certeza de que al momento del traslado le fue suministrada información veraz, comprensible y amplia de las características de cada régimen al demandante, en consecuencia de lo anterior, indica que los efectos de declarar la ineficacia del traslado, es retrotraer la afiliación como si nunca se hubiera dado, por tanto, se obliga al RAIS devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro del titular ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la mesada pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que presenta recurso de apelación, al encontrarse inconforme con que su representada tenga que asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues si la afiliación del demandante al RAIS fue de manera voluntaria y obedece a un acuerdo que solo involucra a las partes que intervinieron, señala que Colpensiones en ningún momento indujo en la decisión tomada por el actor, por ende, considera que debe ser la administradora del régimen de ahorro individual la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de afiliación.

Seguidamente, señala que al demandante no lo asiste el derecho de solicitar un cambio de régimen, debido a que este se encuentra inmerso en las restricciones de edad, por otro lado, argumenta que el interés en este proceso es la disparidad entre lo que va a obtener como mesada pensional en un régimen y otro, hecho

que no constituye un vicio o una causal para declarar ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

Además, manifiesta que se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y a su vez la situación pensional de otras personas que con gran esfuerzo han permanecido en el régimen.

En cuanto a las costas se oponen a las mismas, dado que, en el transcurso del proceso han actuado sin temeridad y bajo el principio de buena fe, además, dentro del proceso no se evidencia la acreditación de las costas, pues no hay facturas o soportes de pagos de viáticos que demuestran que efectivamente la parte demandante asumió gastos.

III.II PORVENIR S.A:

La apoderada judicial de Porvenir S.A, presenta recurso de apelación aduciendo que en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que no podía objetar ningún tipo de decisión adoptada por el empleador pues en ese momento se encontraban en una situación crítica y había una toma de grupos al margen de la ley, esto no configura una desinformación por parte de Porvenir S.A.

Aunado a lo anterior, alega que el demandante tuvo oportunidad de acercarse al fondo y solicitar información pertinente y ser re-asesorado, del mismo modo, pudo hacer uso del derecho de retracto.

De otro lado, respecto a los gastos de administración considera que esta condena desconoce lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, pues también en el Régimen de Prima Media se destina el 3% de la cotización a financiar gastos administrativos, pensión de invalidez y sobreviviente, sin embargo, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y debido a ello están sujetos a prescripción. Además, aduce que trasladar esos gastos a Colpensiones supondría un enriquecimiento ilícito a favor de este, pues no existe norma que disponga su devolución, por otro lado, señala que de ordenarse esta restitución a Porvenir también se debe ordenar a la parte demandante la restitución de los frutos que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, pues tal como se señala en el código civil, la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula está en la obligación de restituirlo de lo contrario estaría generándole enriquecimiento sin causa. Finalmente, alega oponerse a la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal, indicando que, la afiliación del actor fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que en el intervinieron, motivo por el cual, su representada es un tercero ajeno a esa circunstancia. Por tanto, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

De otro lado, el vocero judicial de Porvenir S.A, reiteró lo indicado en el recurso de alzada a fin de que sea revocada la sentencia en su integridad.

Finalmente, aduce el vocero judicial de la parte demandante que no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de alzada, toda vez que en el proceso se echa de menos es la falta de información documentada, en donde se diera a conocer al potencial afiliado las consecuencia negativas y positivas del cambio de régimen pensional, motivo por el cual, solicita se confirme la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró la Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de*

proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio

alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PORVENIR S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de PORVENIR S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que este no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Aunado a lo anterior, si bien la vocera judicial de Porvenir S.A, alega que el demandante al rendir interrogatorio de parte, manifestó que no podía objetar ningún tipo de decisión adoptada por el empleador, no es menos cierto que el actor también indicó que el asesor se limitó a rellenar el formulario, es decir, no suministró la información correspondiente. Motivo por el cual, no tiene vocación de prosperidad tal argumento.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, tal como las demandadas indican que debía hacer, encontramos que según lo dispone el artículo 3º 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.

De otro lado, aduce la apoderada de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Porvenir S.A, que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por la Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que las demandadas presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas por la Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir, puesto sus recursos no prosperaron y hubo réplica del mismo, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de las demandadas, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º 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.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a las demandadas, se fijarán tales agencias en 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2021-00136-01 Folio 90-23

Acta N° 79

Montería, treinta (30) de junio del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JOSEFINA DE LOS ANGELES DURANGO DURANGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la ineficacia de la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A, y por tanto, se declare que nunca se trasladó del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y siempre perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como consecuencia declarar su regreso automático a COLPENSIONES, condenar a COLFONDOS a trasladar todos los aportes con sus respectivos incrementos de intereses a COLPENSIONES y condenar en costas y agencias a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Alega la actora que, inició su vida laboral el 18 de enero de 1991, laborando en el Departamento de Córdoba, además, indica que en el principio fue afiliada a la Caja de Previsión Departamental de Córdoba y luego al ISS hoy Colpensiones.
- La demandante relata que fue visitada por asesores de COLFONDOS S.A, quienes la persuadieron para que se cambiara de régimen pensional con el argumento de que el ISS se iba a liquidar y podía pensionarse mejor en el régimen de ahorro individual.
- Alega la demandante que, se trasladó de régimen pensional y se afilió a Colfondos S.A, desde 11 de septiembre de 1995 hasta la presentación de la demanda.
- Indica la actora que los asesores de Colfondos nunca le brindaron información completa y comprensible de las consecuencias del traslado, así como tampoco manifestó las diferencias con respecto a los beneficios establecidos en la ley 100 de 1993 en cuanto al porcentaje de liquidación, monto de la pensión y edad pensional.
- Manifiesta que, solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media administrado por Colpensiones y este le fue negado.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLFONDOS S.A: Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colfondos S.A, en relación a las pretensiones indica se opone a todas y cada una de ellas, teniendo en cuenta que, no existió un cambio de régimen, lo que existió fue una afiliación inicial y única del demandante al sistema general de pensiones, y dicha afiliación fue realizada con pleno respeto de la normativa y jurisprudencia vigente de la materia y brindando a la afiliada toda la información requerida por ella. De otro lado, respecto a los hechos 1º y 6º son ciertos, los hechos 2º, 7º, 10º, 11 no le consta, y los hechos 3º, 4º, 5º, 8º, 9º no son ciertos.

En su defensa formula las excepciones de: *"inexistencia de cambio o traslado de régimen, inexistencia de fundamento legal y jurisprudencial para la nulidad de la afiliación, inexistencia de la interrupción de la continuidad, prescripción, devolución de frutos y obligaciones reciprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia buena fe, innominada o genérica"*

I.III.II COLPENSIONES. Al contestar la demanda indicó respecto de las pretensiones oponerse a todas y cada una de ellas, frente a los hechos 1º, 6º y 12 son ciertos, los hechos 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11 no le constan y el hecho 3º es cierto.

En su defensa formuló las excepciones de *“falta de legitimación de la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, excepción de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, no tener la condición de afiliada de la administradora colombiana de pensiones, prescripción, innominada o genérica”*.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 27 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al RAIS, realizado por la demandante el 11 de septiembre de 1995, ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones los aportes de pensión junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a Colpensiones, y ordenó a Colpensiones recibir como afiliada a la demandante junto con los aportes indicados en precedencia, finalmente, condenó a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A en costas y agencias en derecho.

En síntesis, la Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, teniendo en cuenta que, no está de acuerdo en que su representada asuma las consecuencias de la ineficacia del traslado, además, considera que la demandante se trasladó al RAIS de forma voluntaria, decisión en la que no existe participación alguna de Colpensiones, por tanto, se están vulnerando los intereses de su defendida, toda vez que siempre ha sido un tercero de buena fe que no tuvo ningún tipo de participación o injerencia en el acto de traslado de la parte demandante.

Indica que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir sus derechos pensionales, por lo que, para su representada le era imposible recibir a la demandante como afiliada por mandato expreso de la ley 100 de 1993.

De igual forma, indica que se está vulnerando la sostenibilidad financiera de Colpensiones al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales de aquellas personas que han permanecido en el régimen de prima media.

Frente a la condena en costas se oponen pues durante todo el proceso actuaron en buena fe y además, no se encuentra prueba alguna que demuestre que durante el proceso hubo gastos por parte de la demandante.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La vocera judicial de la parte demandada Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo expuesto en el recurso de alzada.

Las demás partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las

consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada Colpensiones.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que *"...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad..."*; información que *"...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."*. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los *"pro"* y también los *"contra"* que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] 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) [...]*

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por parte de COLFONDOS S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, 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.

De otro lado, aduce la apoderada de 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. 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".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

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

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias

de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración.

De otra parte, se evidencia que la demandante con antelación a su afiliación en el RAIS, hizo parte de una caja de previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4º y 6º, estableció que estaría conformado por "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". Sin embargo, el artículo 34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. (Sentencia CSJ SL 2817-2019)

Ahora, si bien la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral en sentencia SL3587 de 2021, establece que son casos de afiliación inicial aquellos en los que los afiliados se encontraban en las Cajas de Previsión Social y posteriormente se trasladaban al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se reitera el criterio acogido por esta Corporación ha sido el de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2817-2019, SL 1305 de 2021, SL 2177 de 2021, en las cuales se tiene que los servidores públicos afiliados inicialmente a las Cajas de Previsión Social, al momento de ser derogadas, dicho régimen quedo incorporado al régimen de prima media, por tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en

jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“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”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por la Jueza de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, puesto que no hubo réplica del recurso de apelación, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado