



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

Folio 277-23

Radicación n.º 23 001 31 05 002 2022 00288 01

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Acta 125

Montería (Córdoba), nueve (9) de octubre del año dos mil veintitrés (2.023)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ELETH DE JESÚS CARO ESPITIA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** Por ello, en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. La señora **ELETH DE JESUS CARO ESPITIA**, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., para que se decrete la nulidad o la ineficacia del acto de traslado realizada el 01 de agosto de 2008 al fondo de pensiones Porvenir. Por lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones el total de los ahorros y su rendimiento financiero. Además, solicitó condenar en costas y agencias en derecho. Por último, pidió fallar extra y ultra petita

1.2. Las anteriores pretensiones, las fundamenta a través de los siguientes hechos, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

- La demandante, nacida el 29 de mayo de 1966, estaba afiliada en el RPM – hasta el día 01 de agosto de 2008, pues de ahí a través de una conducta engañosa por parte de Porvenir se trasladó al régimen de ahorro individual.

- Indicó que el 26 de octubre de 2022 solicitó el traslado de régimen pensional ante Colpensiones, sin embargo, fue rechazado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

1.3. Admitida la demanda y tras ser notificada en debida forma, Colpensiones se opone a todas las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, ya que el acto de afiliación goza de plena validez y Colpensiones no tuvo injerencia o participación en el acto señalado; como consecuencia de eso, solicita la absolución de Colpensiones, que se condene a su contraparte en costas procesales y que, en caso de condenar a Colpensiones, se proceda a ordenar *«la devolución de la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos, intereses legales, moratorios y en general cualquier concepto económico y/o utilidad que hubiere beneficiado con la mencionada afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones del R.A.I.S. encargada de efectuar la respectiva devolución.»* .

Propone a su vez, las siguientes excepciones de fondo: inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de régimen; buena fe; ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones; prescripción; innominada o genérico.

De la misma forma **PORVENIR** invoca las siguientes excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica.

Indicando que no incumplió con su deber legal de información, en la medida que se brindó a la demandante de manera, clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. Sumado a que la afiliación fue producto de una decisión libre, espontánea e informada, garantizando siempre el derecho a retracto a la actora.

II. FALLO APELADO.

Mediante proveído de fecha 16 de junio de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba declaró la prosperidad de las pretensiones decretando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes a pensiones efectuados por la demandante en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, descuentos que haya realizado por cuotas de administración, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos correspondientes al período en que la demandante estuvo

afiliada al RAIS. Condenó en costas y agencias en derechos a las llamadas a juicio por un valor de 1 SMLMV para cada una.

Indicó, en síntesis, que, según la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia expresa que el deber de información para los usuarios que están próximos a afiliarse a los regímenes de pensiones, es de carácter ineludible e insoslayable. Así las cosas, le correspondía a la demandada Porvenir S.A., probar que en efecto brindó dicha información, sin embargo, de las pruebas aportadas no se logra vislumbrar dicho deber, ya que la firma del formulario preimpreso no es suficiente para acreditar que el consentimiento se dio de manera informada puntualizando las ventajas y desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Respecto a las consecuencias, se debe entender que el acto de afiliación nunca salió a la luz, por lo que Colpensiones debe tener a la demandante como si siempre estuvo afiliada a su régimen y, con relación a porvenir debe devolver todos los recursos acumulados en la cuenta del demandante debidamente indexado, pues desde que se dio el acto que hoy se declara ineficaz, los dineros debieron ingresar a Colpensiones.

Señaló, frente a la prescripción, al tratarse de una controversia pensional es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES: Puso de presente que Colpensiones no tiene por qué asumir las consecuencias de una declaratoria de nulidad e ineficacia del acto de traslado, pues la afiliación de la actora fue de manera libre y voluntaria y, por consiguiente, la AFP no tuvo ninguna injerencia.

De igual forma señaló que, debe ser Porvenir S.A., quien tenga que cargar con las consecuencias de la ineficacia de traslado, pues debe ser dicha AFP quien otorgue a la afiliada los derechos y beneficios en la forma como le correspondería en el RPM, toda vez que Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico y no debe cargar de cumplir con lo pretendido por la actora.

Puntualizó que las sentencias C 1024 de 2004, C 789 de 2002 C-596 de 2007 C 625-2007, dicen que nadie se puede favorecer de los recursos que han ahorrado los afiliados al RPM, pues si se da, se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y el que una persona pretenda a escaso tiempo de pensionarse a retornar al RPM poniendo en peligro dicha sostenibilidad.

Reitera que la actora tiene prohibido cambiarse de régimen porque le faltan menos de 10 años para pensionarse. Por último, expresó que Colpensiones actuó sin temeridad y con buena fe por lo que no es procedente la condena en costas.

PORVENIR S.A.: Indicó que el régimen de prima media y el RAIS no son iguales, cada uno tiene sus ventajas y desventajas, ya que los requisitos para acceder a la pensión son diferentes y están establecidos en la ley, por tanto, no se puede aducir que una es más ventajosa que otra, ni tampoco que la mera afirmación de la falta de información es conducente para probar los hechos aquí conferidos.

Frente a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de Porvenir S.A., por lo que su devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa, pues no existe norma que imponga tal devolución, la ley 100 de 1993 indica cuáles son los dineros que hay que trasladar cuando existe cambio de régimen.

Reitera que la demandante está dentro de la prohibición de traslado de régimen de que trata la ley 100 de 1993, por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

Por último, como Porvenir S. A., ha actuado de buena fe y acorde a derecho, no hay lugar a condenar en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha 27 de junio de 2023, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito con las siguientes intervenciones:

ELETH DE JESÚS CARO ESPITIA: Explicó que según las sentencias CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019 las AFP tienen el deber de suministrar una asesoría clara y transparente al afiliado el cual es *«un acto trascendente que repercute en la consolidación y acceso a un derecho fundamental como lo es el pensional»*.

COLPENSIONES: Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación oral del recurso vertical.

PORVENIR S.A.: A través de su abogado, presentó sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en su contestación y en la sustentación del recurso de apelación.

Solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, sumado a que, en caso de confirmarse, le autoricen descontar de tales conceptos las restituciones mutuas a que haya lugar y que, al momento de trasladarse, no se indexen las condenas dinerarias.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Del grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado de jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la nación.

5.2. Problema Jurídico

Es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la litis, ello en atención al recurso de apelación impetrado por Colpensiones y Porvenir S.A.

- i) Si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuada por la demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir S.A.; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención y si se deben indexar los montos en caso de que se ordene trasladar sumas de dinero.*
- ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar de que ésta no participó ni intervino en dicho negocio jurídico.*
- iii) Se verificará si la solicitud de ineficacia de traslado se encuentra prescrita.*
- iv) Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.*

5.3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

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 de éste.¹

5.4. Caso concreto

5.4.1. Para el Sub-*Examine*, le corresponde a la demandada evidenciar que la información brindada a la parte demandante no solo fue suficiente, sino también completa respecto a la decisión de traslado, puesto que existe una disparidad de conocimientos del administrador (conocedor experto de la materia) y la señora Caro, como lo indica la sentencia 33083 de 2011².

Es menester recordar que, la sentencia mencionada (entre otras) iteran a las Administradoras de Fondos de Pensiones que realizan la afiliación, la obligación procesal de probar que se brindó información completa e íntegra a su afiliado:

“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.” (Subrayado por la Sala).

Por consiguiente, una vez observado el plenario, se advierte que no hay prueba que indique que la afiliación se realizó siguiendo las instrucciones del precedente anteriormente citado, puesto que no es dable decir que la firma o suscripción del formulario es suficiente para demostrar que el consentimiento se brindó de manera informada, ya que no se puede entender suscrito el traslado de una manera libre, espontánea y sin presiones, sin el pleno entendimiento de lo que el escrito esboza, precisamente por la asimetría de conocimientos mencionada. De igual manera, en la sentencia *ibídem* señala:

“(…) lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de

¹ Al respecto, véanse 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.

² Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al expresar en sentencia 33083 de 2011

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. (...)”

Se observa entonces que, PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen, conforme lo indica la sentencia de primera instancia, **incluso los montos que no están señalados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y que deberán ser indexados**, pues “*La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades*”³ (Subrayado y negrilla por la Sala).

Por lo anterior, se mantendrá el fallo objeto de apelación, en lo referente a este ítem, a la solicitud de no indexación deprecada.

5.4.2. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia 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 ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos, como tampoco existe límite de edad o tiempo para la declaratoria de nulidad aquí estudiada, pues

³ Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

no se trata de un nuevo traslado de régimen pensional. (Véanse las sentencias **SL17595 de 2017** y **SL4989 de 2018**).

5.4.3. De la prescripción

Ante este punto, es necesario traer a colación lo resuelto en la SL1688 y SL1689 de 2019:

«La sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.»

Por lo anterior, no cabe duda que no está prescrita la solicitud de ineficacia de traslado

5.4.4. De la condena en costas.

Las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR solicitan que se revoquen los puntos desfavorables para éstas, esto incluye la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

“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”.

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, las demandadas Colpensiones y Porvenir, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propusieron excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de

ahí que, había lugar a que se impusieran costas contra éstas.

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada y consultada.

Se condenará en costas en esta instancia a favor de la demandante a cargo de Colpensiones y Porvenir por haber réplica del recurso y haber sido éste adverso a las demandadas. Se fijarán como agencias en derecho, la suma 1 SMLMV que deberá ser pagado entre ambas entidades.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 16 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO**, promovido por **ELETH DE JESÚS CARO ESPITIA**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS a favor de la demandante y a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

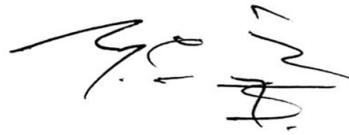
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
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 23-001-31-05-004-2021-00207-01 Folio 164-23

ACTA N° 124

Montería, nueve (9) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARTHA CECILIA BLAQUICET GRANDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora sea declarada la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A., y Porvenir S.A., en consecuencia, condenar a Porvenir S.A., a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, ordenar a Colpensiones recibirla como afiliada con sus respectivos aportes, rendimientos y gastos de administración, indexar las condenas y finalmente, condenar en costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la demandante que, labora en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF desde el 16 de agosto de 1990 hasta la fecha, en el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17.
- Aduce la actora que, desde el inicio de su vida laboral se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones.
- Indica que Colpensiones autorizó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., y posteriormente, a Porvenir S.A.
- Alega la demandante que, al momento de afiliarse al RAIS la indujeron en error, puesto que no le suministraron información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar una pensión.
- Expresa la actora que, Protección S.A., y Porvenir S.A., le ocultaron información sobre el capital que debía ahorrar y omitieron el deber del buen consejo.
- Alega que, al realizar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desmejoro su derecho pensional.
- Indica que el 07 de mayo de 2021, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado, la cual fue resuelta desfavorablemente.
- Finalmente, manifiesta que esta próxima a cumplir su estatus de pensionada, ya que actualmente cuenta con 57 años y más de 30 años de servicio.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I PROTECCION S.A.

Al contestar la demanda Protección S.A, manifiesta oponerse a la totalidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que, el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además, indica que el formulario suscrito por la demandante fue realizado en forma libre y espontánea, de otro lado, respecto a los hechos 6º, 7º y 9º son falsos, el hecho 5º es cierto y los demás no le constan.

A modo de defensa presentó las excepciones denominadas "*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.*

I.III.II. PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda indicó oponerse a las pretensiones de la demanda, toda vez que, la afiliación realizada por la demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia de la solicitud de vinculación, respecto a los hechos manifestó que no le constan en su mayoría y los hechos 7° y 10 no son ciertos.

Presentó como excepciones las denominadas "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.*

I.III.III. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Al dar contestación a la demanda manifestó frente a las pretensiones oponerse a la totalidad de las mismas, teniendo en cuenta que, carecen de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes y respecto a los hechos 1°, 2°, 3°, 10, 11 y 12 los tuvo como ciertos y los demás no le constan.

A modo de defensa presentó las siguientes excepciones "*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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora Colombiana de pensiones, innominada o genérica"*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 27 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; declarar la ineficacia del traslado efectuado por

la actora del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida al RAIS; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media; ordenó a PORVENIR a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, garantías de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la actora debidamente actualizados e indexados; ordenó a PROTECCIÓN realizar la devolución de los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales garantía de pensión mínima que se generaron mientras la actora estuvo afiliada, debidamente indexados y actualizados, finalmente, condenó en costas a la 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 COLPENSIONES

El vocero judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando que la situación jurídica debe estudiarse a la luz del artículo 1495 del código civil, teniendo en cuenta que los actos jurídicos solamente participaron los fondos privados, más no su representada.

Seguidamente, indicó que la demandante tenía la voluntad de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la cual fue reiterada a través del tiempo, pues la historial laboral de la demandante demuestra que las cotizaciones realizadas al RAIS, además, señaló que aquellos afiliados que se encontraban vinculados a CAJANAL fueron vinculados automáticamente al ISS, hecho que no sucedió con la demandante pues está ya había realizado el acto de traslado al RAIS.

Del mismo modo, argumentó que la demandante no hizo uno de su derecho al retracto e itera que su representada es un tercero que no participo en el contrato que concierne únicamente a los fondos privados y a la demandante, en consecuencia, solicita que se estudie la posibilidad de que sean los fondos privados aquellos que solventen los emolumentos y demás beneficios a los que tendría lugar la demandante con ocasión a la ineficacia del traslado. Finalmente,

solicita se absuelva a su defendida de todas y cada una de las condenas impuestas.

III.II PORVENIR S.A.

La vocera judicial de Porvenir S.A., interpone recurso de apelación al no encontrarse conforme con la sentencia proferida debido a que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la teoría de las restituciones mutuas, toda vez que no se autorizó a Porvenir a descontar los valores correspondientes al 3% de las cotizaciones mensuales realizadas al sistema general de pensiones por concepto de gastos de administración, como tampoco se ordenó al demandante a pagar el valor correspondiente al costo de tener a una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos desconociendo el trabajo de la administradora para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Seguidamente, indicó que al ordenar el retorno de la totalidad de los rendimientos se configura un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, dado que, recibe unos valores incrementados en un porcentaje de rentabilidad que no se encuentra probado dentro del proceso.

Finalmente, solicita se absuelva a su representada de las costas, puesto que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal y no se podía ordenar el traslado de manera voluntaria, era necesario acudir a la jurisdicción.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I PORVENIR S.A.

El vocero judicial de Porvenir S.A, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

IV.II ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

El apoderado judicial de Colpensiones solicita que sea revocada la sentencia de primera instancia, alegando que el acto de traslado se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante.

IV.III PARTE DEMANDANTE.

Por otra parte, la apoderada de la demandante hace uso de esta etapa procesal alegando que la sentencia debe ser confirmada en su totalidad, ello teniendo en cuenta que, las demandadas indujeron en error a la demandante al momento de realizar el traslado al no suministrar la información requerida.

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) omite 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 las 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, 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 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 Porvenir S.A., y Protección 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, 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 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.

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 ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sean las que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y la vocera judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, 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 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 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)

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, 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 ineficacia del traslado 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 las demandadas 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, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., puesto sus recursos no salieron avante y 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., 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: COSTAS según la motiva, se fijan las agencias en derecho 1 SMMLV que a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A

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 23-001-31-05-004-2022-00001-01 Folio 178-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MIGUEL LUIS NAVARRO MENDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.**, y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la nulidad o ineficacia del 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 trasladar los aportes de pensión, rendimientos y gastos de administración efectuados por el demandante a Colpensiones, ordenar a Colpensiones a recibir como afiliado al actor, recibiendo los aportes sufragados a Porvenir con sus respectivos rendimientos y gastos de administración, condenas debidamente indexadas, 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:

- Indica el demandante labora en COOTRASEC desde el 1 de diciembre de 2017 hasta la fecha, en el cargo de Gerente.
- Señala el demandante desde que inició a laborar se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.
- Manifiesta que, al momento de realizar la afiliación al RAIS fue inducido en error, dado que, no le suministraron la información adicional sobre el monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión, también omitieron el deber del buen consejo.
- Afirma que al realizar el traslado del Régimen de Prima Media al RAIS le fue desmejorado ostensiblemente su derecho pensional.
- Indica el actor que, teniendo en cuenta el tiempo laborado y las cotizaciones realizadas durante el tiempo de servicio hubiese superado el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa máxima de remplazo en el régimen de prima media.
- Menciona que el 16 de diciembre de 2021 presentó solicitud de traslado a Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa.
- Refiere que se encuentra próximo a cumplir su estatus de pensionado, pues tiene 65 años y más de 30 años de servicio.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - 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 no asistirle al actor razón en lo pretendido debido a que el traslado realizado se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables al caso, de otra parte, respecto a los hechos indicó que el 11º es cierto y los demás hechos no le constan.

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 por ser tercero de buena fe, 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 privado, innominada o genérica”.

I.III.II. PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda manifestó oponerse a todas y cada una de ellas pues la parte demandante no aportó pruebas de las razones que sustenten la ineficacia o nulidad del traslado, respecto a los hechos indicó que no le constan y no son ciertos.

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.”*

I.III.III. COLFONDOS S.A.

Al dar contestación a la demanda manifestó no oponerse a las pretensiones de la demanda, respecto a los hechos manifestó que no le constan y no presentó excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 24 de abril de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar probada la excepción *“obligación de devolución de los aportes con todos los rendimiento, elementos y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado”*, presentada por Colpensiones, no probadas las demás excepciones; declaró la ineficacia el acto de traslado de Régimen de Prima Media al RAIS el cual se hizo efectivo el 1 de junio de 1994, en consecuencia, ordenó a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado, sin solución de continuidad, ordenó a Porvenir la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente indexados, ordenó a Colfondos realice la devolución de los gastos de administración y los valores de seguros previsionales y garantías de pensión mínima que se generaron mientras el actor estuvo afiliado, debidamente indexadas y con destino a las arcas de Colpensiones, finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A., y Colpensiones.

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

El vocero judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación indicando que su representada en ningún momento participó en el acto que dio lugar al traslado, por lo tanto, al ser los fondos privados quienes participaron en el acto deben ser quienes solventen todos los emolumentos, beneficios y demás consideraciones a las que tendría lugar el demandante en caso de haber permanecido como afiliado en el régimen de prima media.

Aunado a ello, indicó que el acto de traslado se desprende de la voluntad del demandante, por tanto, esa voluntad del afiliado la que se ratifica en el tiempo, entonces, se encuentra que el demandante deseaba permanecer en el RAIS y que únicamente al tener la edad de 66 años, edad que le impide trasladarse, es cuando manifiesta su voluntad de retornar al Régimen de Prima Media.

Finalmente, argumentó que se debe revocar el fallo en su totalidad, en su lugar, absolver a su representada, teniendo en cuenta que existe una falta de sostenibilidad financiera del sistema pensional accedieron al traslado de régimen incoado por el demandante, además, los fondos privados se encuentran ante una inoponibilidad respecto a Colpensiones, teniendo en cuenta que el demandante cuenta con más semanas cotizadas en el RAIS que en el RPMPD.

III.II PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada la decisión de primera instancia, argumenta que el demandante realizó su vinculación a una AFP diferente a la que representa, además, indica que en el plenario no se evidencian causales de nulidad y/o ineficacia que invaliden la afiliación libre y voluntaria del actor al RAIS en el año 1994, y posterior, traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., en el año 1996, circunstancia que ratifica su decisión de permanecer en el régimen pensional.

De otra parte, señala que el demandante no solicitó proyección pensional a ninguno de los dos regímenes pensionales, por lo tanto, desconoce de cuanto

sería la mesada pensional, ni los requisitos para acceder a su derecho pensional, es decir, no encuadra en una omisión por parte de Colpensiones o su representada.

En ese sentido, solicita sea revocado el numeral segundo de la sentencia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado, y como petición solidaria en el evento de mantener la decisión, solicita sea revocado parcialmente lo declarado en el numeral cuarto de la sentencia en cuanto a los conceptos que su representada se encuentra obligada a devolver, toda vez que los bonos pensionales no se han redimido y no están en cabeza de Porvenir S.A., y respecto a los descuentos validos por gastos de administración y seguros provisionales, no hacen parte del capital destinado para financiar la pensión de vejez.

Por último, solicita se absuelva a su representada de la condena en costas, dado que, el traslado de régimen pensional no lo realizó a través de Porvenir S.A., y no se encuentra legitimada para acceder a un traslado administrativo o declaratoria de la ineficacia de un traslado que no realizó, y al ser un punto de derecho que solamente un juez de la República puede ordenar su ineficacia y ordenar el traslado del actor de un régimen a otro cuando se encuentra dentro de la prohibición legal por la edad, por tanto, su representada no se encontraba legitimada para realizar el trámite administrativo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de Porvenir S.A, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, en el sentido de que sea revocada la sentencia proferida en primera instancia puesto no existen causales de nulidad y/o ineficacia. Aunado a ello, alega que no es posible realizar el traslado de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos descontados al afiliado, dado que, cumplieron con su objetivo y no se encuentran en poder de la administradora de pensiones.

IV.II ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Por su parte, el vocero judicial de la entidad Colpensiones reitera los argumentos expresados en el recurso de apelación, los cuales se basan en la voluntad del afiliado al momento de realizar el traslado de régimen.

IV.III PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que, no le suministraron al demandante la información clara y precisa respecto de las consecuencias del cambio de régimen, por tanto, no se puede hablar de decisión libre y espontánea.

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) omite 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 demandante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir 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 Porvenir S.A., y Colfondos

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.

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 y Colfondos S.A, hayan 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 Colpensiones que se estudie la posibilidad de que sean los fondos privados quienes, otorguen 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, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

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, 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. CONDENAS 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 Porvenir S.A, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual es procedente la condena en costas impuesta por el Juez 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 al 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 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: COSTAS según la motiva. Se fijan las agencias en derecho 1 SMMLV que a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A

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 23-001-31-05-003-2022-00176-01 Folio 237-23

ACTA N° 124

Montería, nueve (9) de octubre 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 veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **DELBY LUCIA VILLA CASTILLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., en consecuencia, condenar a Colfondos a trasladar los aportes en pensión y rendimientos efectuados al RPM administrado por Colpensiones, ordenar a Colpensiones proceda a recibirla como afiliada, recibiendo los aportes efectuados a Colfondos con sus respectivos rendimientos y gastos de administración, indexación de las condenas, 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:

- Indica la actora que labora en la Institución Educativa Técnica en Promoción Social El Rosario desde el 21 de marzo de 1985 hasta la fecha, en el cargo de Auxiliar Administrativo.
- Señala que al inicio de la relación laboral cotizó para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones y esta entidad autorizó su traslado para Colfondos.
- Manifiesta que al momento de realizar el traslado la entidad Colfondos S.A., la indujo en error, pues no se le suministró la información referente al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión, también manifiesta que la entidad omitió el deber del buen consejo.
- Arguye que la entidad Colfondos S.A., no le brindó información clara, precisa y concreta sobre las consecuencias negativas que acarea el traslado de régimen pensional.
- Indica que al realizar el traslado se le desmejoró su derecho pensional, así mismo informa que de haber continuado en el Régimen de Prima Media superaría el mínimo de semanas requeridas.
- Indica que el 05 de febrero de 2020, presentó solicitud para trasladarse al RPM administrado por Colpensiones, sin embargo, dicha entidad respondió de manera negativa.
- Expresa que, ya cumplió su estatus de pensionada, puesto cuenta con 58 años y más de 30 años de servicio.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues considera que las pretensiones carecen de argumentos facticos y jurídicos para ser procedentes, también argumenta que la entidad no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante al momento de trasladarse.

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, ausencia de nexos"*

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. COLFONDOS S.A

Al dar contestación a la demanda manifestó no oponerse a las pretensiones de la demanda y respecto a los hechos 5° y 9° son ciertos y los demás no le constan, finalmente, no presentó excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 24 de mayo de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, condenó a Colfondos devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora a 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 rendimiento que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantías de pensión mínima, prima de seguros previsionales debidamente indexados, condenar a Colpensiones a tener a la actora como afiliada y darle validez a los aportes que recibirá de parte de Colfondos S.A., condenó en costas a Colpensiones y absolvió a Colfondos de las costas.

En síntesis, la juez de primera instancia adujo que es deber de las administradoras de pensiones brindar al afiliado asesoría suficiente, veraz y eficaz, pues la decisión del afiliado de trasladarse debe ser libre y voluntaria, del mismo modo, indicó que es también responsabilidad de las administradoras de pensiones la carga de probar que brindaron la información requerida. Seguidamente, señaló que en el caso concreto Colfondos S.A., indicó que son ciertos los hechos que se endilgan sin demostrar nada a favor de ella, aunado a ello, de los medios de prueba aportados tampoco se puede deducir que durante los momentos previos al traslado le brindaran información suficiente sobre el traslado al demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones presenta inconformidad contra la decisión de primera instancia argumentando que su representada no debe asumir las

consecuencias de la ineficacia del traslado, puesto que, la afiliación de la demandante al RAIS fue voluntaria y su representada en ningún momento tuvo injerencia.

Seguidamente, señala que debe ser la administradora de pensiones receptora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la que soporte las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, y por ello otorgar al afiliado los derechos y beneficios en la forma que le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, aduce que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se opone a esta, dado que, durante el proceso la entidad actuó de buena fe y señala que ha sido respetuosa de la voluntad privada, razón por la que permite que sus afiliados migren al RAIS.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

La vocera judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal argumentando que, su representada no debe asumir las consecuencias de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del acto de traslado, puesto la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, además, señala que el demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, es decir, se encuentra inmerso en una prohibición legal, y finalmente, indica que se opone a las condena en costas, puesto actuó bajo el principio de la buena fe.

IV.II. PARTE DEMANDANTE

Dentro del termino para alegar, interviene el apoderado judicial de la parte no apelante, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, además, que se imponga condena en costas.

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 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, 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 Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados y de igual forma la administradora de pensiones no refuto tal circunstancia.

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, 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la AFP Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió la jueza de primera instancia.

De otro lado, alega la vocera judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sean las 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: 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, adoctrino: [...]

«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, razón por la cual, no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el vocero judicial de Colpensiones.

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, 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 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).

III. 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 hay lugar a la condena en costas impuestas por la jueza 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 Colpensiones, 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: COSTAS según la motiva. Se fijan las agencias en derecho 1 SMMLV que a cargo de Colpensiones.

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 23-001-31-05-001-2021-00129-01 Folio 398-22

Acta N° 124

Montería, nueve (9) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **EMIRONEL CESAR VALVERDE ESPELETA** contra **CONSTRUCTORA BRIZALIA No. 2 LIMITADA** y llamados en garantía **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y MUNICIPIO DE MONTERÍA**.

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretenden el demandante se declare existió un contrato de prestación de servicios desde el 27 de noviembre de 2019 hasta 26 de febrero de 2021, en consecuencia, condenar a la demandada CONSTRUCTORA BRIZALIA No 2 LTDA, por conceptos de honorarios dejados de pagar desde el 26 de mayo de 2020 hasta el 26 de febrero de 2021, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

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

- Indica el demandante que el día 01 de mayo de 2019 la empresa CONSTRUCTORA BRIZALIA a través de su ingeniera AZAILA CORONADO

BEGAMBRE asesora de la empresa, le solicitó verbalmente que presentara una propuesta para la INTERVENTORIA DE 80 VIVIENDAS A CONSTRUIR EN EL PROYECTO DENOMINADO VILLA SOÑADA EN EL SUR DE MONTERÍA.

- Arguye que, dicha propuesta fue presentada el día 31 de mayo de 2019, con una duración de la obra de 5 meses.
- Aduce el actor que, el día 19 de julio de 2019 recibió por parte de la CONSTRUCTORA BRIZALIA oficio donde le adjuntaron copias de las escrituras 1.611 del 07 de junio de 2018 y 314 del 05 de marzo de 2019 por medio de la cual se construyó el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO VILLA SOÑADA para la construcción de 80 viviendas VIS en Montería, por lo cual requerían de su firma para la aceptación de la interventoría y luego enviarla a la fiducia.
- Manifiesta que, el 31 de octubre de 2019, ALIANZA FIDUCIARIA tiene la facultad de escoger o seleccionar a la firma interventora según lo contempla el CONTRATO FIDEICOMISO construido mediante escritura pública No 1611 de junio 07 de 2018, le fue aprobada la interventoría y es autorizado por la Constructora Brizalia en oficio de fecha 27 de noviembre de 2019.
- Argumenta que, el día 27 de noviembre de 2019, inició labores como interventor del proyecto "VILLA SOÑADA" en el barrio Vereda Tropical sur de Montería.
- Indica el demandante que, el valor del contrato por sus servicios como interventor era el de \$37.726.000 pagaderos mensualmente por el valor de \$7.099.256 por el tiempo de la duración de la obra, es decir, 5 meses.
- Alega que, solo le cancelaron los meses de diciembre de 2019, enero, febrero, marzo y abril de 2020.
- Afirma que, cumplió con los 5 meses establecidos en la propuesta, la empresa no le suspendió el contrato, por tanto, seguía cumpliendo con sus funciones como interventor de la obra y como consecuencia haciéndole llegar los informes, requerimientos y avances de la obra a la empresa CONSTRUCTORA BRIZALIA No 2 LTDA.
- Indica que, la CONSTRUCTORA BRIZALIA No 2 LTDA, continuó enviándole requerimientos, donde solicitaban información, avances e informes y

demás con respecto al proyecto "VILLA SOÑADA" con fechas del 11 de mayo, 03 y 25 de junio, 21 y 27 de julio, 02 y 07 de septiembre de 2020.

- Manifiesta que, la constructora le adeuda por concepto de honorarios en su calidad de interventor del proyecto VILLA SOÑADA los meses de mayo a diciembre de 2020 y los meses de enero y febrero de 2021.
- Por lo anterior, afirma que el 18 de agosto y 17 de diciembre de 2020, radicó oficios ante la constructora exigiendo el pago de honorarios, sin obtener respuesta alguna.
- Indica el actor que, ante la omisión por parte de la constructora de responder los oficios, optó por enviarle las cuentas de cobro con sus respectivos informes, avances, oficios y requerimientos realizados en cada mes que le adeudan, a través de correo certificado en fecha 29 de enero de 2021.
- Señala el demandante que, el 22 de febrero de 2021, la constructora a través de su representante legal, le informa que se encuentra disponible el saldo correspondiente a los honorarios por los servicios prestados como interventor en el proyecto VILLA SOÑADA por un valor de \$1.197.768, toda vez que, desde el 31 de diciembre de 2020, finalizó el servicio contratado.
- Manifiesta que la constructora procedió a realizar la consignación de dicho pago en el Banco Agrario de Colombia, posteriormente fue puesta a disposición del juzgado laboral y retirado el día 23 de abril de 2021.
- Aduce que, el último informe de avance de la obra VILLA SOÑADA fue enviado el día 28 de febrero de 2021 a través de correo electrónico.
- Finalmente, aduce que el último requerimiento realizado por parte de la constructora fue en fecha dos (2) de marzo de 2021 a través de correo electrónico en donde solicitan informe de avance de 40 viviendas terminadas.

II. Contestación de la demanda

II.I MUNICIPIO DE MONTERÍA

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por el MUNICIPIO DE MONTERÍA, quien manifestó en cuanto a las pretensiones no van

dirigidas a su representada, por lo que no se puede indicar nada al respecto y frente a los hechos no le constan.

En su defensa formuló las excepciones denominadas; *"falta de legitimación en la causa por activa del demandante para efectuar el llamamiento en garantía, falta de legitimación en la causa por pasiva de la Alcaldía de Montería para responder por la eventual condena por honorarios del contrato de prestación de servicio del demandante, por no existir obligación de estirpe legal o contractual para ello, inexistencia de relación sustancial de garantía que obligue a la Alcaldía de Montería como tercero frente a las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, genérica o innominada."*

II.II PARTE DEMANDADA CONSTRUCTORA BRIZALIA No2.

Al contestar la demanda manifestó frente a los hechos 1°, 6°, 7°, 8°, 10°, 11 son falsos, 2 no le constan y 3°, 4°, 5°, 9°, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 son ciertos, respecto a las condenas se opone a las mismas teniendo en cuenta que en el proceso no existe prueba sobre las afirmaciones de la demanda.

Propuso como excepciones; *"inexistencia de la obligación y pago de la obligación, ausencia de causalidad, prohibición de beneficiarse de su propia culpa y mala fe."*

II.III ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Al contestar la demanda indicó respecto a los hechos no les consta y frente a las pretensiones no van dirigidas a su representada, sin embargo, se opone a la prosperidad de las mismas.

Propuso como excepciones; *"legalidad en la actuación de Alianza Fiduciaria S.A, falta de prueba en la que se acrediten las pretensiones de la demanda, Alianza Fiduciaria no es juez del contrato, no puede dirimir diferencias entre el fideicomitente y el frente, excepciones genéricas, prescripción y las demás excepciones."*

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 23 de septiembre de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, resolvió declarar que entre las partes existió un contrato desde el 27 de noviembre de 2019 hasta el 26 de febrero de 2021, declaró que el demandante tiene derecho a que la demandada cancele por concepto de honorarios dejados de cancelar desde el 26 de mayo de 2020 hasta

26 de febrero de 2021, condenó a la demandada al pago de la indexación del numeral anterior, declaró que las llamadas en garantía no son responsable del pago de honorarios, declaró no probadas las excepciones propuestas por ALIANZA FIDUCIARIA y CONSTRUCTORA BRIZALIA, declaró probadas las excepciones propuestas por ALIANZA FIDUCIARIA y MUNICIPIO DE MONTERÍA excepto la de prescripción y la innominada o genérica, absolvió a la demandada CONSTRUCTORA BRIZALIA N°2 y las llamadas en garantía de las demás pretensiones de la demanda, finalmente, condenó en costas a la demandada CONSTRUCTORA BRIZALIA N°2.

En síntesis, el Juez de primera instancia aduce que al analizar las pruebas que obran en el expediente logra extraer que dentro del proceso existió una relación contractual en el marco de un contrato de prestación de servicios en la cual el señor Valverde prestó sus servicios en calidad de interventor en el proyecto Villa Soñada, por tanto, deben responder por concepto de honorarios profesionales.

Seguidamente, estableció que atendiendo la prueba documental se tiene que la relación del actor con la demandada inició el 27 de noviembre de 2019, de otro lado, manifestó que, se puede tener por probado que esa relación llegó hasta febrero de 2021, tal como se desprende de las pruebas documentales. Aunado a ello, señaló que no es cierto que la demandada suspendiera la actividad en razón a la pandemia, pues en el decreto 593 de 2020 en su artículo 3 estableció permiso a las personas que desarrollen ciertas actividades, entre ellas la ejecución de construcciones, es decir, no se puede indicar que en razón a la pandemia se suspendió, pues esa prestación se continuó dando con base en la documentación allegada.

Aunado a lo anterior, afirmó que no obra en el proceso como fueron establecidas las condiciones propias para el desarrollo de las funciones del actor en lo que tenía que ver con sus actividades de interventoría, tiempo de relación, forma de pago, sobre eso no se tiene nada dentro del proceso, pero existe la convicción de la prestación personal del servicio y que el actor trabajó sobre 40 unidades de vivienda familiar.

Además, señaló que adicional a la declaratoria del contrato de prestación de servicios, el demandante pretende honorarios por la suma de \$77.000.000, sin embargo, no obra prueba de la cual se pueda inferir que la obligación sea por ese valor.

De otra parte, indica del documento aportado por la parte demandante y no fue tachado, tiene que, al no haber mejor prueba dentro del proceso del pago de esta suma de dinero \$15.500.000 y realizando la deducción del depósito judicial

por la suma de \$1.500.000, considera que la constructora adeuda la suma de \$14.302.222.

Finalmente, respecto a la solicitud de intereses moratorios, indicó que los mismo no se encuentran pactados, sin embargo, solicita la indexación por lo que considera que ese dinero ha perdido su valor real, circunstancia que conlleva a que la demandada proceda a indexar dichos valores.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

IV.I PARTE DEMANDANTE:

El vocero judicial de la parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, indicando que, se pretende con la demanda es la declaratoria que entre la empresa y su representado existió un contrato de trabajo tal como el juez lo indicó, no obstante, interpone recurso respecto a la cuantía en virtud de que si bien existe un contrato de prestación de servicios, la interpretación jurídica por parte de la honorable judicatura establece la latitud en que se promovió el proceso, lo cual obedece a que la relación laboral persistió en el tiempo, es decir, continuo con la extensión finita.

Aunado a lo anterior, señaló que el motivo para establecer el monto de \$75.000.000, es en virtud de la negligencia imputable a Brizalia, circunstancia que se evidencia con las pruebas obrantes en el proceso referentes al flujo de capital para seguir ejecutando la labor.

Adicionalmente, indicó que, si bien el contrato de fiducia se realizó entre la FIDUCIARIA ALIANZA y el MUNICIPIO DE MONTERÍA, en el numeral 5 establecen que las 80 unidades de vivienda están para realizarse en un solo período y el contrato es claro en ningún momento al suscribirse se estableció que las utilidades se iban a realizar de 1,2 o 3, está estipulado que es uno.

Posteriormente, estableció que consta documento a folio 98 del acervo probatorio, donde obra certificación donde el señor Alfredo Rodríguez en su calidad de representante legal o Gerente le envía a la fiducia en fecha 8 de noviembre de 2019 escrito indicando que a la fecha él contaba con un crédito constructor solicitado en cuantía de dos mil doscientos millones trescientos setenta y un mil nueve treinta y dos, y cuando se le preguntó al arquitecto dejó claro también que haber superado los extremos de la relación contractual no es imputable a su cliente, con ello no significa que no tiene derecho a su reconocimiento laboral, diciendo que asciende a una certificación de lo adeudado de las primeras 40 unidades de vivienda, no es así la interpretación porque se

está dejando de presente con las pruebas que es imputable a la constructora y por ello, su extensión es más allá de tiempo estipulado.

IV.II PARTE DEMANDADA - CONSTRUCTORA BRIZALIA:

El vocero judicial de la parte demandada interpone recurso de apelación de manera parcial respecto a los puntos 2 y 3 que hace referencia a la indexación y el que hace referencia al pago de agencias en derecho.

Argumenta que no se trata de una obligación laboral si no civil, se confunden dichos términos, es una obligación civil en razón a un contrato de prestación de servicios, frente al monto evidencia que el juzgado pasó por alto documento obrante en el proceso de fecha 22 de febrero de 2021, donde el representante legal de Constructora Brizalia, le comunica al señor Emiro que se encuentran a su disposición el saldo de los honorarios correspondiente a las 40 casas, documento que obra en la demanda en que cual se le manifiesta que el saldo adeudado a esa época, es decir, a febrero 21 de 2021, es la suma de \$1.197.665 y que si no procedía a retirarlos se procedería a lo establecido en la Ley, que es realizar un pago por consignación y así procedieron como consta en la contestación de la demanda donde se evidencia pago del saldo adeudado, en dicho oportunidad un título judicial fue ordenado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, el cual fue retirado en su oportunidad por el señor Emiro.

Además, señala que el juzgado toma un documento como base para fijar la suma de \$14.300.000 como deuda, pero es un documento anterior, por ende, a la fecha de la consignación ya se habían pagado esos valores y el saldo adeudado era la suma del título consignado. Por tanto, Constructora Brizalia no adeuda suma alguna porque con el título judicial que fue consignado y retirado fue pagado el saldo adeudado.

En ese orden de ideas, no existe condena que indexar pues los emolumentos condenados fueron cubiertos, mucho menos hay generación en condena en estos, es lo contrario debe ser condenada en costas la parte accionante.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de la parte demandante hizo uso de esta etapa procesal, reiterando lo esbozado en el recurso de alzada.

VI. CONSIDERACIONES

VI.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 por la parte demandante.

VI.II. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar; **i)** si erró el A quo al establecer el extremo final del contrato de prestación de servicios **ii)** dilucidar si la parte demandada adeuda honorarios al demandado, del mismo modo, **iii)** determinar si hay lugar a la indexación de las condenas, finalmente, **iv)** establecer si se debe condenar en costas.

En primer lugar, se debe señalar que en el presente asunto no existe controversia sobre la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, sino sobre la fecha de terminación del mismo y el pago de los honorarios por los servicios prestados por el demandante, y si estos deben ser indexados.

De este modo, conviene señalar lo establecido en el artículo 2 numeral 6° del CPLSS, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, dispone: "*La jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.*"

Aunado a lo anterior, es preciso reiterar que la jurisprudencia de la CSJ en sentencia SL 2385-2018, M.P Jorge Luis Quiroz Alemán, ha sido enfática en indicar que:

"De otra parte, no desconoce la Sala que el contrato de mandato o prestación de servicios es eminentemente civil o comercial, pero en este caso y sin restarle connotación, fue el legislador quien bajo la libertad de configuración y por excepción, le asignó al juez del trabajo la competencia para resolver los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de los honorarios y demás remuneraciones por servicios personales de carácter privado. (...)"

Ahora bien, para dilucidar el primer problema jurídico planteado corresponde realizar un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de las cuales se evidencia escritura pública No 1.611 de fecha 07 de junio de 2018

correspondiente a la construcción de fiducia mercantil, en el cual intervinieron la CONSTRUCTORA BRIZALIA, JC BDYWALL SAS, MUNICIPIO DE MONTERÍA, ALIANZA FIDUCIARIA S.A, esta última como vocera judicial del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO VILLA SOÑADA-MONTERÍA. (pág. 12-81 del archivo 02Demanda del expediente digital), seguidamente, se puede observar Resolución No 263-2019 expedida por la Curaduría Urbana de fecha 02 de agosto de 2019, en la cual expiden licencia de urbanización de la modalidad de reurbanización denominada Urbanización Villa Soñada simultánea con licencia urbanística de construcción en la modalidad de modificación y ampliación para 15 viviendas de interés social (VIS) unifamiliares de 1 piso. (pág. 82-96 del expediente digital).

De otro lado, obra propuesta económica por parte del ingeniero Emironel Cesar Valverde Espeleta, para la contratante Constructora Brizalia, con el objeto de interventoría de 80 viviendas VIS proyecto Villa Soñada, Barrio Vereda Tropical, por la suma total de \$37.762.400, valor mensual \$7.099.256 con descuento de retención.(fl 95), documento dirigido al demandante por parte de la Constructora Brizalia de fecha 18 de julio de 2019, en la cual solicitan aceptación de la interventoría para enviar a la fiducia (fl 96), comunicado de fecha 27 de noviembre de 2019 dirigido al actor en donde la Constructora manifiesta que la Fiducia informó que se cumplieron los requisitos para la interventoría del proyecto Urbanización Villa Soñada VIS y que fue acreditado como interventor (fl 97), certificación viabilidad técnica y financiera del proyecto suscrito por los señores Alfredo Rodríguez en calidad de representante legal de Constructora Brizalia y el señor Emironel Valverde Espeleta en su calidad de interventor. (fl 98), certificado de fecha 11 de mayo de 2020 en el cual consta reiniciación de construcción del proyecto para lo cual se adoptó protocolo sanitario (fl 99), respuesta comunicación de fecha 01 de junio de 2020, en la cual indican que la constructora cumple a cabalidad las normas urbanísticas y las recomendaciones realizadas por el interventor (fls. 100-101), solicitud de información por no autorización de acabados en 3 inmuebles dirigida al actor en su calidad de interventor en fecha 25 de junio de 2020 (fl 102), solicitud realizada por la constructora al interventor en fecha 21 de julio de 2020, en la cual requiere informe detallado de las obras faltantes a la fecha de la manzana 20, vivienda por vivienda, recibo de estas y aprobación de adicionales socializados en obra (fl 103-105), solicitud de fecha 27 de julio de 2020 remitida al interventor para que sea aprobado lo concertado en mesa de teletrabajo el día 24 de julio de 2020 (fls 106-107).

Posteriormente, se evidencia respuesta remitida al interventor del oficio de fecha 26 de agosto de 2020 y propuesta económica para pago honorarios interventoría PA Villa Soñado Montería (fl 108-114), en la cual aduce la constructora "Ahora

bien, con relación a los valores económicos motivo de desavenencia con la constructora, el interventor reconoce que el presupuesto de la interventoría fue para ser ejecutado en un plazo de 5 meses, por un valor total de \$37.762.000, a razón de \$7.552.400 mensuales, cuyo plazo va desde finales de noviembre 27 a finales de febrero 27, es decir, van tres (3) meses, de los cuales han sido cancelados al día de hoy al señor interventor la suma de \$22.000.000 de pesos, restándole el saldo, lo cual no desconoce la constructora, hasta la satisfacción de la suma de \$37.762.000", indicó **"Por otra parte para concretar los honorarios de la interventoría del proyecto de vivienda villa soñada-Montería, es necesario remitirle la propuesta final por parte de la constructora para efectos de definir sus honorarios."** Y seguidamente, adujo **"D. INTERVENTORIA. (...) Ahora bien, debido a que desde la fecha aún no se ha firmado contrato de prestación de servicios profesionales con el ingeniero EMIRONEL VALVERDE ESPELETA y menos aún se ha definido honorarios, es necesario realizarle una propuesta económica teniendo en cuenta, que el objeto del proyecto es la ejecución de viviendas de interés prioritario con subsidios de mi CASA YA, y el avance del proyecto por etapa alcanza en un ciento por ciento la fase No 1 y la fase No 2, con un avance superior al 60% la constructora le realiza la siguiente propuesta económica así:**

a) *Interventoría de las primeras cuarenta (40) viviendas con honorarios por un valor de treinta y siete millones quinientos mil pesos moneda corriente (37.500.000) de lo cual ya se le abonado parcialmente la suma de veintidós millones de pesos moneda corriente (\$22.000.000) quedando un saldo por la suma de quince millones quinientos mil pesos moneda corriente (\$15.000.000) pagaderos así:*

-El 50% del saldo es decir la suma de siete millones setecientos cincuenta mil pesos MCTE (\$7.750.000) una vez se reciba el primer desembolso por parte de alianza fiduciaria correspondiente a la manzana 20.

-El 50% restante es decir la suma de siete millones setecientos cincuenta mil pesos Mcte (\$7.750.000) cuando se reciban las 24 viviendas restantes al 100% lo cual se corrobora con la respectiva acta de recibo de obra que será enviada y avalada por el área técnica de la fiducia.

b) *Interventoría de cuarenta (40) viviendas restantes, con honorarios por un valor de veinticuatro millones de pesos moneda corriente (\$24.000.000), es decir un valor por unidad de vivienda por la suma de seiscientos mil pesos moneda corriente (\$600.000), pagaderos así:*

-Se realizará abonos parciales o periódicos, según el rendimiento de la obra en desarrollo, es decir, se harán pagos por los porcentajes recibidos del avance real, sin que el pago supere cada vez el valor del 20% del total de la propuesta aquí planteada, más los descuentos de ley respectivos.

En el evento que usted, no acepte la propuesta económica correspondiente a honorarios por su labor, la CONSTRUCTORA, optará por extinguir cualquier relación que existe o llegare a existir, por los servicios prestados en calidad de interventor y se le comunicara al vocero del PA Villa Soñada Montería, alianza fiduciaria para liquidar las obligaciones pendientes hasta la fecha, según la propuesta económica planteada.”

Del mismo modo, se observa respuesta remitida al demandante en fecha 07 de septiembre de 2020 (fl 115-116), constancia remisión link correo electrónico para reunión en fecha 06 de mayo de 2020, informes de interventoría y requerimientos (fls. 117-133), comunicación a través de correo electrónico de fecha 05 de enero de 2021, en el que la Constructora informa al interventor que la empresa AFINIA se encuentra realizando instalaciones de contadores a las 40 casas del proyecto Villa Soñada y respuesta de dicha comunicación (fl 134-135), solicitud cancelación de salarios como interventor y documentos, requerimientos e informes (fl 136-341), consignación de título ejecutivo por parte de la constructora ante el Juzgado Laboral (fl 342-344).

De acuerdo con lo anterior, una vez analizadas las pruebas adosadas al plenario de forma conjunta, se evidencia que en el caso sub examine existen dos propuestas económicas, la primera por parte del demandante en la cual estableció por concepto de honorarios la suma de \$37.762.000, teniendo como objeto "interventoría 80 viviendas V.I.S, "PROYECTO VILLA SOÑADA"-BARRIO: VEREDA TROPICAL-MONTERÍA-CÓRDOBA" (fl 95 archivo 002Demanda), y por otra parte, una propuesta realizada por la CONSTRUCTORA BRIZALIA en la cual indicó que al no haberse suscrito contrato de prestación de servicios profesionales con el demandante, ni definido honorarios, presentaba propuesta económica consistente en la suma de \$37.500.000 por concepto de honorarios de la interventoría de las primeras 40 viviendas y para las 40 viviendas restantes honorarios por valor de \$24.000.000, es decir, un valor por unidad de vivienda de \$600.000.

Lo anterior, permite concluir que en efecto en el presente asunto las partes no suscribieron un documento y/o contrato donde se estableciera una suma de dinero por concepto de honorarios respecto al desarrollo de la labor de interventor del señor VALVERDE ESPELETA, motivo por el cual, no se encuentra acreditado en el plenario la suma de los honorarios indicados por el actor.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tienen en cuenta las propuestas económicas adosadas al plenario, debe señalarse en primera medida que contrario a lo esbozado por el recurrente, el vínculo contractual entre las partes no perduró en el tiempo, puesto no obra prueba de la ejecución de labores como interventor más allá del 26 de febrero de 2021, ello teniendo en cuenta el último informe remitido por parte del demandante.

Sumado a lo anterior, analizado el acervo probatorio no se podría predicar que los retrasos de la obra se dieron por negligencia de la CONSTRUCTORA BRIZALIA, tal como indica el vocero judicial de la parte demandante, por el contrario, el testigo RAFAEL PERTUZ, al ser interrogado expresó: **Preguntado.** *¿quien fue la responsable de la demora en la ejecución del contrato?* A lo que respondió que era un poco de todo, en parte la pandemia, flujo de caja, a veces el interventor se "pegaba" de muchos detalles que él no estaba de acuerdo.

De conformidad con lo esbozado en precedencia, no tiene vocación de prosperidad el argumento referente a la negligencia de la parte demandada para la construcción de la obra. Aunado a ello, tal circunstancia no sería óbice para determinar que al actor le deben cancelar la suma de \$77.000.000.

Por el contrario, como se dijo en líneas anteriores, en el evento de tenerse en cuenta las dos propuestas económicas presentadas por las partes, solamente se podría concluir que las partes concuerdan en establecer una suma de \$37.762.000, por concepto de honorarios en relación con la labor de interventoría de la construcción de viviendas en el Proyecto Villa Soñada, y se itera no existe documental que permita inferir que la demandada debía cancelar una suma distinta.

Lo anterior, máxime cuando en el plenario solo se evidencia la ejecución de labores como interventor de las primeras 40 viviendas, por lo que, tampoco habría lugar al pago de una suma superior a las establecidas en las propuestas económicas, esto es la suma de \$35.496.280, atendiendo las deducciones por concepto de retención.

En ese sentido, conviene indicar que, si bien el recurrente aduce que el vínculo entre las partes se encuentra dentro de un plano laboral, lo cierto es que su pretensión inicial es la declaratoria de un contrato de prestación de servicios, motivo por el cual no podría realizarse un estudio sobre una pretensión distinta máxime cuando el juzgador de segunda instancia no tiene facultades ultra y extra petita.

Finalmente, el vocero judicial de la parte demanda, aduce haber cancelado la totalidad de los honorarios al demandante. Al respecto, se tiene que en la propuesta económica realizada por la constructora dejó establecido la realización de un pago por la suma de \$22.000.000, y que adeuda la suma de \$15.500.000 (fl 110-113), circunstancia que no es controvertida por el demandante en el trámite procesal, sumado a ello, se evidencia constancia de consignación de depósito judicial por la suma de \$1.197.768.

Sumado a ello, en el escrito de alegatos de conclusión el apoderado de la parte demandante, indica que, le fueron cancelados por la Constructora Brizalia los meses de diciembre del año 2019, enero, febrero, marzo y abril de 2020. Al respecto, el artículo 77 del CGP aplicado por analogía normativa establece:

"El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente."

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el apoderado judicial puede confesar espontáneamente, por tanto, la manifestación realizada en el escrito de alegatos de conclusión permite concluir que la parte demandada canceló la suma de \$7.099.256 por los meses diciembre del año 2019, enero, febrero, marzo y abril de 2020, es decir, 5 meses lo cual correspondiente a la suma de \$35.496.280, es decir, la totalidad de lo adeudado.

Al respecto, resulta dable traer a colación el inciso 3 del artículo 281 ibidem, el cual dispone: "En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio."

De este modo, concluye esta Sala que al no existir sumas pendientes por cancelar, debe revocarse el numeral SEGUNDO, TERCERO y QUINTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de, absolver a la demandada del pago por concepto de honorarios dejados de cancelar y consecuentemente, la indexación ordenada.

En consecuencia, atendiendo los resultados del proceso corresponde declarar probada la excepción propuesta por la demandada denominada pago de la obligación.

Finalmente, respecto a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 365 del Código General del Proceso, dispone:

"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."

Al respecto, como quiera que la sentencia apelada fue revocada a favor del demandado apelante, se procederá a condenar en costas en primera instancia a la parte demandante y en favor de la demandada, la cual tasaré el juez de conocimiento.

Por último, debe imponerse condena en costas en esta instancia a la parte demandante y en favor de la demandada apelante, dado que, el recurso de apelación de la parte demandada prosperó totalmente, además, hubo réplica al recurso de alzada, motivo por el cual se estiman causados de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

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

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera 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,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido, de **ABSOLVER** a la demandada de las condenas impuestas por concepto de honorarios e indexación de las sumas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada, en el sentido, de declarar probadas la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la demandada.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **DECIMO**, en el sentido, de condenar en costas a la parte demandante y en favor de la demandada apelante, de acuerdo con la parte motiva.

CUARTO: CONFIRMAR los demás puntos de la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, según la parte motiva.

SEXTO: Oportunamente vuelva el expediente a su oficina 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 23-162-31-03-002-2021-00101-01 Folio 510-22

ACTA N° 124

Montería, nueve (9) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha primero (1º) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NAFER ANTONIO GASPAS MEDINA** contra **LAS EMPRESAS HARINAS DEL SINÚ S.A.S Y SERVICIOS SAN PELAYO LTDA** representadas legalmente.

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende el demandante, se declare la existencia de un contrato a término indefinido con la empresa Harinas del Sinú S.A.S., donde actuó como intermediaria Servicios San Pelayo LTDA, el cual terminó de manera unilateral por parte del empleador, en consecuencia, se condene de forma solidaria a las demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, compensación de vacaciones, devolución de dineros descontados para aportes a seguridad social, aportes a pensión, indemnización por despido injusto, por no consignación de cesantías y por no pago de prestaciones sociales de que trata el art. 65 del CST.

I.II HECHOS.

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

- Manifiesta la parte demandante, prestó sus servicios en el cargo de oficios varios para la empresa Harinas del Sinú S.A.S, (actuando Servicios San Pelayo S.A.S. como una intermediaria), entre el 14 de octubre de 2017 al 14 de diciembre de 2019, devengando un salario promedio de \$410.000.
- Indica que entre sus funciones se encontraban las de cargue y descargue de bultos de harina, cuchuco y salvado, como quiera que el objeto social de la empresa Harinas del Sinú S.A.S es el procesamiento y distribución de productos de origen agrícola, derivados de la industria de la trilla y molinería de maíz y colorantes naturales a nivel nacional e internacional.
- Alude, tenía un horario de 6:00 am a 6:00 pm que en ocasiones se extendía hasta las 9:00 pm, durante todos los días de la semana.
- Expresa, las razones del despido tuvieron que ver con el día que sufrió una caída mientras cumplía las labores de carga de una tractomula de harina.
- Señala que, le fue otorgada una incapacidad de 12 días para su recuperación, y que vencida la incapacidad se presentó ante la empresa demandada a cobrar su quincena, no obstante, solo se fue entregada la suma de \$ 100.000 por parte del señor Gregorio Conde López, jefe de cuadrilla.
- Expone, a pesar de haber suscrito un contrato de trabajo, ninguna de las demandadas efectuó la respectiva cancelación de sus aportes a seguridad social, no obstante, le era descontado de su salario la suma mensual de 216.000 pesos para el pago de los aportes.
- Agrega que, durante el tiempo que duró el contrato no le fueron consignadas las cesantías a un fondo, ni le cancelaron intereses sobre las cesantías, vacaciones o primas de servicios.
- Finiquita diciendo, a pesar de que su despido se realizó sin justa causa, tampoco le fue cancelada la indemnización por despido injustificado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.I. Harinas Del Sinú S.A.S

Notificado el libelo introductorio, la parte accionada a través de apoderada judicial, dentro de la oportunidad legal pertinente ejerce su derecho a la contradicción y defensa en los siguientes términos.

Niega o manifiesta no constarle los hechos inculcados en la demanda, se opone a las pretensiones, e invoca las excepciones de mérito denominadas: prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, carencia de derecho sustantivo, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Argumenta que el demandante nunca firmó o sostuvo vínculo laboral con Harinas del Sinú S.A.S, situación diferente es que como socio de Servicios San Pelayo LTDA, brindara un servicio a su representada, pero los tres elementos configurativos de un contrato laboral tales como Horarios, Salarios y Subordinación, no existieron.

Finalmente indica, se aprecia en la cláusula segunda y tercera del contrato suscrito con Servicios San Pelayo LTDA, que no existía vínculo con los asociados, siendo responsabilidad exclusiva de esta el pago de salarios, prestaciones sociales y demás.

II.II. Servicios San Pelayo LTDA.

La sociedad accionada actuando a través de apoderado judicial, se pronunció argumentando que, es cierto que el demandante es socio de Servicios San Pelayo LTDA y se contrató con Harinas del Sinú S.A.S. un servicio, pero ello no fue una labor en misión.

Frente a las pretensiones, se opone a todas y cada una de ellas, por derivar del supuesto de una relación laboral, por tanto, deben ser negadas teniendo en cuenta que el demandante abandonó el cargo que venía desempeñando. Propuso como excepciones de mérito las de "inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y carencia de derecho sustantivo".

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha primero (1º) de diciembre del dos mil veintidós (2022), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté -Córdoba, resolvió declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el Sr. Nafer Antonio Gaspar Mejía y las empresas Harinas del Sinú SAS, solidariamente con Servicios San Pelayo LTDA., desde el 14 de octubre de 2017 hasta el 14 de diciembre de 2019, en consecuencia, reconocer por concepto de prestaciones

sociales lo concerniente a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, y vacaciones.

De igual manera, se ordenó a la demandada efectuar el cálculo actuarial de los aportes pensionales al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador por el tiempo que duró la relación laboral y costas a cargo de la parte demandada.

Pudo determinar el a-quo, quedó demostrado de conformidad al material probatorio oportunamente allegado al proceso, el señor Nafer Antonio Gaspar Mejía prestó sus servicios de manera personal como trabajador, no habiendo sido desvirtuada por la contraparte esta afirmación, sin embargo, al no haberse demostrado el ejercicio de poder subordinante alguno al trabajador, la relación laboral se declara por presunción.

Puntualiza, en lo referente a la figura de intermediación laboral de las empresas temporales, se tiene que efectivamente la demandada Servicios San Pelayo LTDA excedió el término de ley para este tipo de contrataciones, lo que trae como consecuencia que la empresa Harinas del Sinú S.A.S como beneficiaria del servicio pase a ser la verdadera empleadora.

Respecto a la sanción del art 65 del CST y por no consignación de cesantías, el despacho teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial reiterado de la H. Corte Suprema de Justicia, en que esta no opera de pleno ipso iuris, sino que el sentenciador es quien está llamado a la tarea de escudriñar dentro de las pruebas oportunamente allegadas, si existió mala fe del empleador demandado, así como los criterios referentes a que cuando el reconocimiento de la relación laboral se hace por presunción, no hay lugar al reconocimiento de sanción alguna, fueron denegadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

IV.I. Parte Demandante

El vocero judicial de la parte demandante presenta recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, pues a su juicio la sanción moratoria que trata el art 64 del Código Sustantivo del Trabajo debe prosperar, porque hubo mala fe por parte de la demandada al simular una verdadera relación laboral, tal y como lo ampara el art. 54 de la Constitución Política, supremacía de la realidad sobre la formalidad, motivo por el cual es injusto que no se le reconozca las indemnizaciones de los artículos 64,65 y 99 de la ley 50 de 1999.

IV.II. Parte Demandada

Apela la decisión en el sentido de que no existió ninguna relación laboral, por tal motivo no debe proceder una solidaridad patronal respecto a la empresa Harinas del Sinú.

Arguye, hizo bien el despacho de primera instancia en negar las pretensiones relacionadas con las sanciones, no obstante, frente a las otras, su sentencia crea un precedente en favor de las personas pertenecientes a las cuadrillas de cargue y descargue los cuales están vinculados mediante contrato de prestación de servicios.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

V.I. Parte Demandante.

Señala que el artículo 65 del Código Sustantivo Del Trabajo indica, las entidades demandadas están en la obligación de reconocer y pagar al demandante la cancelación de las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, como lo establece la norma en mención.

Alude, las accionadas deberán reconocer y pagar al demandante la indemnización prevista en el numeral tercero del artículo 99 de la ley 50 de 1990, como quiera que durante el tiempo que duró el contrato al trabajador no le fueron consignadas las cesantías a un fondo.

VI. CONSIDERACIONES

VI.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 por la parte demandante.

VI.II. Problema jurídico.

Corresponde a este dispensador judicial determinar: **i)** Si se demostró la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes Nafer Antonio Gaspar Mejia y Harinas del Sinú; **ii)** de ser así, verificar la procedencia de una condena por concepto de sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales (art. 65 CST), indemnización moratoria por no consignación de cesantías (art. 99 Ley 50 de 1990) e indemnización por

despido injusto (art. 64. CST), así mismo, **iii)** dilucidar acerca de la solidaridad impuesta a las demandadas Harinas del Sinú S.A.S. y Servicios San Pelayo LTDA.

Sobre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes Nafer Antonio Gaspar Mejia y Harinas del Sinú.

En primer lugar, es preciso indicar lo que es en realidad 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 que 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, que se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Es preciso indicar que para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T.

"1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón

del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

Ahora bien, la parte actora argumenta que laboró para la sociedad Harinas del Sinú S.A.S., a través de un contrato a término indefinido desde el 14 de octubre de 2017 hasta el 14 de diciembre del año 2019, situación ante la cual discrepan las demandadas, pues a su juicio el demandante es socio, y lo que aconteció fue la simple contratación de un servicio; en cuanto a los extremos laborales alegados, estos si fueron aceptados.

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 este orden de ideas, se hace necesario estudiar las pruebas obrantes en el expediente, a fin de verificar si efectivamente se demostró el vínculo laboral deprecado entre las partes.

De las testimoniales recaudadas tenemos en primer lugar el dicho del señor **Juan Guillermo Rubio López**, quien expresó, laboró en la empresa Harinas del Sinú S.A.S. en el año 2016 y conoce de la labor del demandante, porque aun cuando dejó de trabajar con anterioridad a la vinculación de este, asistía a la empresa para realizar labores por día cuando tenían demasiada producción.

Se escuchó el dicho del Sr. **Luis Manuel Martínez López**, el cual manifestó que laboró durante tres meses con el demandante en la empresa Harinas del Sinú S.A.S., incluso, a veces lo mandaban en el carro de dicha empresa a cargar bultos en Chinú, Lórica, etc.

Posteriormente se recepcionó la declaración del señor **Libardo Antonio Pérez Argel**, que no obstante haber sido tachado de sospechoso por laborar actualmente en la empresa Harinas del Sinú S.A.S, fue claro,

certero y responsivo en afirmar que el señor Nafer Antonio Gaspar Medina, se desempeñó como coterero, prestando un servicio a Harinas del Sinú, que sus servicios eran pagados por Servicios San Pelayo S.A. de manera quincenal, pues eran ellos quien prestaban el servicio.

Aunado a lo anterior, la parte demandada Servicios San Pelayos LTDA., mediante su escrito contestatario de la demanda, acreditó la prestación del servicio en favor de la también accionada Harinas del Sinú, no obstante, advierte que el demandante lo hizo en calidad de socio de la empresa Servicio San Pelayo (contratista), quien a su vez se encuentra vinculada mediante contrato de prestación de servicios con la sociedad Harinas del Sinú (Contratante).

Aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte surtido por el señor **Salazar Franco Carlos Alejandro** (representante legal de la sociedad Harinas del Sinú S.A.S), se pudo también establecer mediante confesión, el demandante prestó servicios personales en favor del accionado Harinas del Sinú S.A.S, dentro de los extremos temporales comprendidos entre 14 de octubre de 2017 y el 14 de diciembre de 2019. Mírese el segmento del interrogatorio;

Pregunta apoderado parte demandante: "¿Tú me dices que hay una prestación del servicio?, ¿esa prestación del servicio se dio en ese extremo laboral, del 14 de octubre de 2017 entró a trabajar y que se retiró el 14 de diciembre de 2019?"

Respuesta: "Pues sí, el hace parte y es integrante de la cuadrilla".

De lo anterior es dable concluir, existe acervo probatorio suficiente para demostrar que el beneficiario directo de la fuerza de trabajo ejercida por el convocante, no era más que la sociedad accionada Harinas del Sinú S.A.S, afirmación que además, encuentra asidero en lo expresado por el representante legal de la empresa Servicios San Pelayo LTDA cuando el Juez de primera instancia le cuestiona:

Pregunta: "¿qué beneficio recibe su empresa al respecto?",

Respuesta: "beneficios de estar laborando, trabajando, porque mal estando con Nafer no nos fue".

Siendo así, no queda duda que la labor desplegada por el extremo demandante, se gestó en beneficio de la sociedad accionada Harinas del Sinú S.A.S, pues esta última, beneficiándose de la fuerza de trabajo ejercida por el señor Nafer Antonio Gaspar Medina, quien a su vez, como

quedó demostrado en el sub lite, cumplía con la tarea de cargar y descargar los productos de origen agrícola con los que la accionada Harinas del Sinú S.A.S, ejercía su actividad comercial, según lo establecido en su objeto social(**Vid. Pág. 16-19, Archivo 02Demanda**).

Por tal motivo, no resulta ser errático, el análisis probatorio ejercitado por el despacho de primera instancia, quien acertadamente, una vez acreditada la prestación del servicio de manera personal en favor de la accionada Harinas del Sinú S.A.S, reconoció la existencia de un contrato de trabajo por vía de la presunción estatuida en el art. 24 del CST.

Siendo así, por haber operado la mencionada presunción legal, como se dijo en párrafos anteriores, le correspondía al extremo demandado desvirtuar los hechos en los que se fundamentó la presunción, para tal efecto, debió aportar los elementos probatorios que convencieran al juzgador, de que la actividad desplegada por el contratista, se gestó de manera autónoma e independiente, y que en esos mismos términos, el accionante no se encontraba subordinado a la voluntad del contratante.

Tesis que ha sido reiterada por la Sala Labora de Nuestra H. Corte Suprema de Justicia, verbigracia la sentencia, **SL225-2020** proveído donde se expresó:

“La Corte enseñó que la presunción de contrato de trabajo cobija el ejercicio de las profesiones liberales y que, en cada caso concreto, se ha de establecer la existencia de una relación subordinada, siempre que así derive de las circunstancias de ejecución; por tanto, corresponde al contratante desvirtuar la presunción legal y demostrar que los servicios se prestaron con la autonomía e independencia propias del esquema civil o comercial”.

Tarea anterior, que si bien fue ejercida por el apoderado judicial de los extremos accionados, fracasó; toda vez que los documentos aportados al plenario, los testimonios rendidos por quienes comparecieron al proceso, y en general las confesiones adquiridas vía interrogatorio de partes, no fueron suficientes para derruir la presunción de la que goza el trabajador demandante, antes bien, dejan entre dicho la independencia y autonomía con la que el convocante ejercía las labores propias de la empresa de conformidad a su objeto social y estatutos de la sociedad. Tal afirmación se fundamenta en los hechos y pruebas que se lograron obtener, como se muestra a continuación.

Así las cosas, si bien es cierto, las partes accionadas en sus escritos de contestatarios conjuntamente manifiestan, el demandante es socio activo de la empresa Servicios San Pelayo LTDA, la cual sostiene un vínculo con la empresa Harinas del Sinú S.A.S mediante contrato de prestación de servicios el cual data con fecha 15 de marzo de 2019, no es menos cierto, que tales fechas datan en época posterior al inicio de las labores desplegadas por el extremo demandante, la cual inició el día 14 de octubre de 2017, tal como se observa en el certificado de existencia y representación adosado al expediente **(Vid. Pág. 13, Archivo 12ContestaciónServicioSanPelayo)**.

De modo que, tanto la fecha de constitución de la sociedad Servicios San Pelayo LTDA, como la de celebración del contrato de prestación de servicios arrimado al plenario, corresponden a un periodo posterior a la vinculación del actor, pues como quedó demostrado en líneas anteriores, los extremos temporales corresponden a los periodos comprendidos entre el 14 de octubre de 2017, hasta el 14 de diciembre de 2019, fecha en la que aún no existía la sociedad de la que el demandante es socio capitalista, ni mucho menos, el contrato de prestación de servicios suscrito por la misma, pues estos surgieron a la vida jurídica en promedio un año y cinco meses después de la tantas veces citada vinculación.

Por tal motivo, no es posible aseverar que a lo menos, durante ese periodo la labor realizada por el demandante se haya efectuado en cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la sociedad accionada Servicios San Pelayo LTDA, puesto esta empresa con organización societaria no existió, solo hasta el quince de marzo de 2019, fecha de su constitución.

No obstante, frente a las labores ejercidas por el demandante en fecha posterior a la celebración del contrato de prestación de servicios suscritos entre las sociedades accionadas (desde el 15 de marzo hasta el 14 de diciembre de 2019), se tiene que no se logró acreditar por la parte demandada la independencia y autonomía del trabajador para el cumplimiento de las labores contratadas por la empresa Harinas del Sinú, menos aún, cuando el señor Salazar Franco Carlos Alejandro, quien funge como representante legal de la accionada Harinas del Sinú S.A.S manifiesta en su interrogatorio que:

"Yo les planteé desde el primer momento que yo iba a trabajar allí, que por estar tan cercanos la planta había una oportunidad de trabajo siempre y cuando cumpliéramos también unos compromisos, era que

también ellos pudieran ser un cuerpo independiente que tuvieran una seguridad social, pudieran tener una personería aparte para poder yo realmente dejarlos trabajar dentro de lo que era Harinas del Sinú en pelayito”.

Lo que en síntesis permite colegir a esta Sala, que si en algún momento se constituyó la sociedad Servicios San Pelayo LTDA., fue a lo menos, porque así lo sugirió el extremo accionado Harinas del Sinú S.A.S, como puede interpretarse de la literalidad de su dicho.

Otros aspectos probatorios que enervan las posibilidades de los extremos demandantes de desvirtuar la presunción de laboralidad que beneficia al actor, consiste en las contradicciones en las que incurren los representantes legales de las sociedades convocadas, frente cuestionamiento sobre quien pagaba a la Sociedad Servicios San Pelayo LTDA los servicios que eran prestados a la sociedad Harinas del Sinú S.A.S.

Así, por una parte, el representante legal del cuerpo Societario Servicios San Pelayo LTDA. Manifestó: **“A nosotros nos los paga los conductores”.** Por otro lado, el representante legal de Harinas del Sinú S.A.S, expresó; **“Ellos me facturan por todo el servicio que me prestan, yo les pago porque hay una factura electrónica que yo debo poder soportar y desde allí poderles pagar a ellos, a la cuenta bancaria de ellos”.**

Acorde con lo anotado, contrario de lo manifestado por las accionadas, se encuentran acreditados los requerimientos que jurisprudencialmente se han establecido, para declarar la existencia de una relación laboral, en virtud de lo establecido en el art 24 del CST, tal como lo dispuso el a-quo, razón suficiente para confirmar este punto de la censura, así como las condenas que fueron endilgadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y calculo actuarial de aportes pensionales.

ii. Sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales de que trata el art. 65 CST y por no consignación de cesantías del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

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, sólo se desprende que el demandante prestó sus servicios como coterero, mas no se reveló circunstancia alguna que conlleve a concluir el ejercicio de un poder subordinante, pues los testigos recepcionados no ofrecieron claridad respecto a quien fungía como jefe del Sr. Gaspar, sino que, resultaron confusos al respecto.

Por ejemplo, el declarante Luis Manuel Martínez López esbozó que el actor recibía ordenes de "José Mantiel", y de otra parte, el Sr. Libardo Pérez Argel adujo, el jefe de los cotereros era "José Conde", lo cual a criterio de esta Sala no ofrece claridad respecto a sus dichos, y menos de las circunstancias de modo, tiempo, lugar o forma de trabajo establecida.

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.

Despido Injusto

En lo que respecta a la indemnización por despido injusto solicitada, se tiene que correspondía al trabajador acreditar dicha terminación unilateral, situación que, para el presente caso, no aconteció.

Pues bien del supuesto antes descrito, se hace menester señalar que, de acuerdo a lo enseñado por la 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, y así lo expresó en sentencia CSJ SL3403, Rad. 51472, M.P. Jorge Prada Sánchez, donde se indicó:

"Para resolver, importa recordar la doctrina sentada por la Sala de Casación Laboral, consistente en que la prueba del despido

corresponde al trabajador y su justeza debe ser acreditada por el empleador, de modo que, si esto no se demuestra, la decisión será sin justa causa, de suerte que se impondrá la indemnización contemplada en la ley, la convención colectiva, el contrato de trabajo o en cualquier otro documento que regule la relación entre las partes (sentencia CSJ SL986-2019). También se ha dicho, que «la terminación de la relación laboral no puede confundirse o equipararse per se al despido unilateral por parte del empleador, pues este, tan solo constituye uno de los modos de finalización del contrato de trabajo previstos por el legislador –lit. h, art. 61 del CST-, que bien puede ser justo o injusto» (sentencia CSJ SL13260-2016).

De esa suerte, el punto de partida para pregonar la existencia de un despido injusto, es precisamente el hecho del despido, que está compelido a demostrar el trabajador”.

En el caso sub examine, a juicio de esta Corporación, el accionante no logró probar que su empleador realizó el acto de despido; pues de los testimonios recepcionados ello no logró extraerse, toda vez que de los testimoniales recepcionados, en lo que respecta al Sr. Luis Martínez, este indicó que el actor se enfermó por cargar un bulto pesado y como no podía trabajar lo “botaron”, sin embargo, al cuestionársele acerca del porqué de su dicho, adujo, porque al vivir en el pueblo se da cuenta de las cosas, lo cual no es de recibo para la Sala, toda vez que al no acreditarse la fuente de su dicho, no ofrece claridad al respecto. Y de las documentales anexadas, no existe alguna que corrobore el hecho de despido deprecado.

Acorde a lo anterior, al no acreditarse el hecho del despido y ante la ausencia probatoria del mismo por parte del incoante, carga probatoria que le correspondía tal como se señaló en precedencia, no hay lugar a imponer una indemnización por despido injusto.

iii. Solidaridad entre las demandadas Harinas del Sinú S.A.S. y Servicios San Pelayo LTDA

Frente a este punto de apelación, es importante aclarar que la parte demandada HARINAS DEL SINÚ S.A.S., no fue condenada solidariamente, sino como obligada directa, motivo por el cual, mal haría esta Sala al estudiar este punto de inconformidad.

Maxime si se tiene en cuenta que el juez de primera instancia impuso condena solidaria fue a la parte demandada SERVICIOS SAN PELAYO LTDA,

quien no presentó reparo alguno contra la decisión proferida, razones suficientes para no emitir pronunciamiento al respecto.

VI.III. Costas y agencias en derecho de esta instancia:

No se condenará en costas, puesto ninguno de los recursos prosperó, por lo que no se encuentran causadas (numeral 5º, art. 365)

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 República y por Autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado