



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
NOTIFICACIÓN POR ESTADO- PROCESOS CIVILES –LABORAL- FAMILIA
ESTADO No. 108

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Actuación	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
85001310500120180036201	Ordinario	Ordinario Sentencia	ORLANDO CELIS MORENO	PORVENIR S.A	Sentencia confirmada	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
85001310500120190008301	Ordinario	Ordinario Sentencia	OLGA LIZARAZO GALVIS	PORVENIR	Sentencia confirmada	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
85001310500120190009101	Ordinario	Ordinario Sentencia	MARIA MAGDALENA PEÑUELA PINTO	COLPENSIONES	Sentencia confirmada	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
85001310300120190006001	Ordinario	Responsabilidad Civil	GLORIA HELENA AGUDELO ARCILA	E.S.E HOSPITAL DE YOPAL	Auto inadmite recurso	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
85001310500220190027001	Sumarios	Sin Subclase de Proceso	EMPRESA DE ENERGIA DE CASANARE- ENERCA	SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGIA DE COLOMBIA	Sentencia revocada	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
85250318900120120000501	Ordinario	Ordinario Consulta	NUBIA CHAVEZ NARVAEZ	MUNICIPIO DE PAZ DE ARIPORO CASANARE	Auto concede recurso de casación	05/11/2020	06/11/2020	06/11/2020	
FUERO SINDICAL No. 2018-00348-01	DEPARTAMENTO DE CASANARE			ELIBED MARINO SANCHEZ			05/11/20		A.V.U.

Para notificar debidamente a las partes, se fija el presente *estado electrónico* en la página del Tribunal, hoy 6 de noviembre del año 2020 a las 7 de la mañana y se desfijará a las 5 de la tarde, en razón a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la judicatura con el fin de evitar la propagación del virus denominado COVID – 19.

NOTA: Se implementa el trámite en segunda instancia, de manera virtual para los procesos de la jurisdicción ordinaria, en las especialidades civil, laboral y familia, con las modificaciones en cuanto a procedimiento para el trámite del recurso de apelación.

En materia civil y familia, la sustentación del recurso de apelación se deberá hacer por ESCRITO, en los términos de que trata el art. 14 del Decreto 806. Surtido el traslado al no recurrente, la Sala proferirá la sentencia por ESCRITO.

En materia LABORAL, los alegatos del recurrente y no recurrente se presentarán POR ESCRITO, en los términos del art. 15.

La sentencia se proferirá por ESCRITO.

Todo escrito y sus anexos que dirijan al Tribunal con destino a un proceso, deben remitir copia de las demás partes procesales "*simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial*" Art. 3 - Inciso Primero.

En materia PENAL, las audiencias de lectura de fallo, se realizarán de manera virtual, salvo circunstancias absolutamente excepcionales, donde se realizará de manera presencial en la Sala correspondiente de la Corporación.

Las notificaciones y traslados se continuarán realizando por medio de la Página Web de la Rama Judicial (Tribunal Superior de Yopal - Email: sectsyopal@cendoj.ramajudicial.gov.co).



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Yopal, noviembre cinco (05) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ

Clase de Proceso: ORDINARIO – Apelación Sentencia

Radicación No.: 85-001-22-08-001-2018-00362-01

Demandante: ORLANDO CELIS MORENO

Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR SA

Aprobado Acta No.: 0064 del 03 de noviembre de 2020

Decide la Sala el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta elevados frente a la sentencia de fecha diciembre nueve (09) de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare.

I. CUESTIÓN PREVIA:

A través del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Ministerio de Justicia adoptó medidas para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales a evacuarse en las especialidades civil, familia, laboral. Por ello, en aplicación de tal norma, especialmente de lo indicado en el art. 14, la decisión que corresponde a esta instancia, se emite por escrito. De igual manera, se emite esta decisión en la presente fecha, teniendo en cuenta que mediante Acuerdos No. PCSJA20-11614 y PCSJA20-11622, el Consejo Superior de la Judicatura decretó la restricción de acceso a las sedes judiciales.

II. ANTECEDENTES

El señor ORLANDO CELIS MORENO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA, con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad al de régimen de prima media con prestación

definida y por tanto solicita que se condene a la demandada PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados a su nombre.

Como hechos que fundamentan sus pretensiones señala que a partir del mes de septiembre de 1976, se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, en donde realizó cotizaciones desde octubre de 1976 hasta el 31 de julio de 2004 y posteriormente a PORVENIR SA, desde el mes de octubre de 2004. Indica que al momento del traslado, no fue debidamente asesorado porque no le realizaron proyección alguna del monto de la prestación que podría recibir al momento de alcanzar la edad para acceder a la misma. Que por ello existió un vicio en el consentimiento del demandante y PORVENIR SA incurrió en omisión de la información respecto de las ventajas y desventajas de su afiliación al régimen de ahorro individual y mediante simulación pensional, esa entidad le informó que el monto de pensión que le correspondería, sería de 1 SMLMV. Sin embargo, en el régimen de prima media con prestación definida, la misma prestación sería equivalente a más de 3 SMLMV.

Contestación de la demanda

COLPENSIONES

Contesta a través de apoderado que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Señala que de conformidad con el art 1741 del CC, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de formalidades, mientras que si tiene un origen diverso, como el vicio del consentimiento, solo se genera nulidad relativa que da lugar a la rescisión del acto o contrato. Así mismo, que esa rescisión tiene un límite de 4 años para ser invocada, conforme el art. 1750 de la misma obra.

Indica que los beneficiarios del régimen de transición pueden escoger libremente el régimen pensional al que quieren pertenecer, pero que el traslado implica la pérdida de este derecho conforme lo señala el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Hace un análisis de las sentencias C789 de 2002, C1024 de 2004, C754 de 2004, entre otras, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición para quienes se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Señala finalmente que el demandante no cumple con los requisitos señalados en la Sentencia SU062 de 2010 y por lo tanto no es posible que se efectúe su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Propone como excepciones las que denomina: Presunción de validez del traslado de régimen pensional, Inexistencia del derecho y de la obligación de traslado de régimen pensional – en cualquier tiempo-, Inexistencia del derecho y de la obligación del reconocimiento del régimen de transición, Buena fe por parte de COLPENSIONES y Declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR SA

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, adujo en síntesis que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y sobre la misma se establece frecuente vigilancia de la Superintendencia Financiera. Destaca que ese sistema pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro y que esta ventaja no la tienen los afiliados al ISS (sic).

Por lo anterior, afirma que el monto de la pensión que logre el afiliado no depende de esa entidad, señalando que no puede afirmarse que hubo engaño, pues además de haber recibido toda la información, tuvo la oportunidad de leer, preguntar e incluso negarse a firmar el traslado, máxime desde su posición. Menciona además que para la época del traslado, los fondos no tenían la obligación de brindar la información en la forma que se solicita en la demanda y cita al respecto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en cuanto a que la asesoría así considerada solamente fue prevista cuando se creó el Sistema de Información al Consumidor Financiero, Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Realiza un estudio sobre el traslado de régimen establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el art. 11 del Decreto 692 de 1994 y señala que la decisión de realizar ese traslado es libre y voluntaria por parte del trabajador e indica que el traslado de régimen nuevamente al de ahorro individual con solidaridad es improcedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Se refiere igualmente a la nulidad y a los vicios

del consentimiento, frente a lo cual manifiesta que ninguna de esas figuras se presenta en este caso.

Señala además que en caso de que se declarara la nulidad del traslado, dicho acto jurídico se encontraría prescrito en atención a lo dispuesto en el art. 1750 del CC.

Como excepciones planteó las de: Falta de causa para pedir, Inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR SA, Buena Fe, y la Innominada o Genérica.

Sentencia de primera instancia

De fecha 09 de diciembre del año anterior, el señor Juez de primera instancia declara la ineficacia del traslado que realizó el señor ORLANDO CELIS MORENO del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y ordena a COLPENSIONES recibir al demandante como si no se hubiera efectuado dicho traslado, así mismo ordena a PORVENIR SA realizar el traslado de los saldos de la cuenta individual a su nombre, junto con los rendimientos financieros de éstos con destino a COLPENSIONES. Niega las restantes pretensiones de la demanda.

Para tomar su decisión, el señor Juez inició por señalar que, aunque en la demanda se solicitaba la nulidad del traslado, el sustento de tal pretensión era la carencia de información por parte de PORVENIR SA al momento del trámite. Por ello cita sentencia SL4360 de 2019 y señala que en este caso no se presentan los elementos necesarios para estudiar la nulidad por vicios del consentimiento.

A continuación, cita pronunciamiento de este Tribunal dentro del proceso con Radicado No. 2015-573 y ponencia del Dr. ÁLVARO VINCOS, así como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12136 de 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, aclarando que una cosa es la ineficacia del traslado de régimen y otra distinta es el traslado o regreso al régimen de prima media con prestación definida, señalando que conforme la demanda, lo que se pretende en este asunto es la ineficacia del traslado por ausencia de información completa sobre el traslado.

Adujo que conforme los medios de prueba aportados al plenario, se concluye que la demandada PORVENIR SA no ofreció una información adecuada, oportuna y veraz para tomar la decisión de traslado de régimen, especialmente en cuanto a las consecuencias que con ello asumía, ni las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Indicó que la demandada se limitó a indicar que el señor CELIS MORENO firmó el formulario de afiliación y traslado, pero no demostró haber cumplido con el deber de otorgar la información que se requiere en estos casos.

Recurso de apelación

El apoderado de PORVENIR SA interpuso recurso de apelación. Solicitó que se revise el material probatorio recaudado e indicó que en este caso no se demostró ningún vicio del consentimiento en el traslado del demandante. Indicó que en el plenario está el formulario en el que el demandante asume de forma libre el traslado y sus consecuencias. Pidió tener en cuenta el salvamento de voto del Magistrado JORGE LUIS QUIRÓZ dentro de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado No. SL68852 de abril del año 2019. Hace relación a la sostenibilidad financiera, que señala, se pone en riesgo con esta clase de traslados, debiendo primar el interés general sobre el particular. No se demostró el interés del demandante de devolverse al Fondo Público. Sobre la condena en costas indica que hubo falta de tecnicismo porque se había alegado nulidad, sin embargo, no hubo vicios del consentimiento. Adicionalmente, lo que se presentó fue una defensa técnica de su representada, existiendo justa causa para haber acudido ante la jurisdicción. Además, porque esa entidad negó la petición de traslado del demandante con fundamento en las normas existentes.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo normado en el inciso final del art. 69 del CPLSS, cuando la decisión de primera instancia sea adversa a las entidades territoriales o aquellas descentralizadas en las que la Nación sea garante, se hace indispensable agotar el grado jurisdiccional de consulta. Para este caso, al prosperar las pretensiones del demandante y emitirse condena a COLPENSIONES, obligatorio resulta agotar este grado de jurisdicción, pues para este caso no se suple este requerimiento con la presentación del recurso de

apelación de la demandada PORVENIR SA, siendo en todo caso necesario agotar la consulta frente a todos aquellos aspectos que fueron desfavorables a la entidad pública.

De esta manera se ha explicado en jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la sentencia CSJ STL7382-2015, reiterada en autos AL8008-2016 y AL5073-2017 en donde se indicó:

*[...] (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, **basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.***

Con base en las anteriores consideraciones, se iniciará a realizar un estudio de la sentencia en su integridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el aparte final del art. 69 del CPLSS.

Lo pretendido en la demanda presentada por el señor ORLANDO CELIS MORENO es que se declare la nulidad del traslado efectuado desde el fondo público al privado. Pero acierta el fallador de primer grado al señalar que debe dirigirse el estudio del caso a la ineficacia de tal cambio, debido a que dicha pretensión se fundamenta en que el demandante considera que no recibió información clara, completa y veraz por parte de PORVENIR.

Sobre este asunto, existen diversos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en donde el punto central de debate se radica en la obligación de dotar de veracidad y confiabilidad a la información brindada a los afiliados por parte de las AFP al momento de realizar el traslado. Se incluye este tema como centro del análisis tratándose indistintamente de personas que aspiran o no a ser beneficiarias del régimen de transición, tal como se indicó por esa Corporación en decisión de tutela de fecha 18 de marzo del año 2020, dictada dentro del radicado No. 58288, sentencia STL3199-2020.

De igual manera, en Sentencia SL 19447 de 27 de septiembre de 2017, Radicado No. 47125, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA se

pronunció la Corte sobre el deber de información de las AFP, en el siguiente sentido:

"Ese mismo compendio normativo (Estatuto Financiero), en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó."

Bajo esa óptica, quienes han logrado ser beneficiarios del régimen de transición tienen una expectativa legítima de acceder a su pensión en condiciones más favorables y por ello se hace imperioso dilucidar con mayor rigor los elementos que rodearon el traslado de régimen, especialmente frente a la transparencia y claridad de la información requerida para lograr su consentimiento en este trámite; pero esta sola circunstancia no implica que aquellas personas que no lograron ese estatus de beneficio no tengan derecho a que se revisen las condiciones en que se efectuó su traslado, en estos casos también se debe verificar que se haya dado cumplimiento a los postulados referentes a la veracidad, claridad y objetividad de lo informado. Ello en consideración a que no existe norma alguna que restrinja esta posibilidad en forma exclusiva para los beneficiarios del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y además, en atención a que lo que se protege con la disposición contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 es la libertad de escogencia del afiliado frente al modelo de pensión al que pretende acceder, no el acceso o la permanencia en el régimen de transición.

En igual sentido, conforme los lineamientos jurisprudenciales ampliamente considerados en la sentencia de primera instancia y con base en el argumento anteriormente enunciados de los que se sirve esta Sala, puede afirmarse que no hay distinción entre la solicitud de ineficacia realizada por el afiliado o la persona a quien ya se le reconoció la pensión de vejez. Lo anterior, atendiendo a que la protección se dirige a la libertad de escogencia desde la afiliación del usuario.

Además, porque lo debatido se traduce en la posible existencia de un silencio frente a determinados aspectos que no le resultan favorables al afiliado y que eventualmente pueden inducirlo a error al momento de escoger el régimen pensional que le resulta más conveniente dadas sus condiciones particulares. Este tema ha sido igualmente tocado por la Sala Laboral de la Corte Suprema al señalar:

"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" (Sentencia Corte Suprema – Sala Laboral Rad. 31989 de 09 de septiembre de 2008)

En consonancia con lo dicho, es necesario advertir que las entidades que manejan los Fondos de Pensiones, se encuentran encargadas de administrar dineros de los afiliados y por esta razón están obligadas a entregar información veraz, completa y transparente a sus usuarios. Esta obligación proviene desde el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, el cual, específicamente en su art. 97, modificado por el art. 23 de la Ley 795 de 2003, señala: *"Información a los usuarios: Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas"*.

Si bien es cierto, el Decreto 2071 de 2015 impuso unas reglas mucho más claras y precisas acerca de la forma en que las AFP deberían entregar la información a los usuarios del Sistema, ello no implica que los deberes que se establecieron desde el Decreto 663 de 1993 no tuvieran vigencia, o resultaren menos estrictos para estas Administradoras. Al respecto debe recordar que el esquema del Sistema de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, impone a las entidades que manejan los dineros asignados a la cobertura de la contingencia de vejez, un mayor cuidado en su administración y por lo mismo, una mayor atención frente al manejo de la información que de ellos se deriva, máxime cuando se trata de la promoción de los beneficios de cada uno de los regímenes establecidos, pues de ello depende nada menos que la cobertura de los ingresos destinados al cese de la vida laboral del trabajador.

De igual manera, existe pronunciamiento jurisprudencial que reconoce la necesidad de otorgar tal información, incluso con anterioridad al concepto emitido por la Superintendencia Financiera. Así se indicó en la decisión ya citada:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual."

Por ello, la interpretación que debe darse al art. 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es amplia en la medida en que la obligación allí impuesta debe acoger toda la posible información que el usuario requiere para tener los elementos de juicio que le permitan tomar una *decisión informada*. Y debe ser ello así, debido a que la entidad que administra los fondos posee una mejor posición en cuanto al conocimiento del manejo y funcionamiento del Sistema, que la gran parte de la población afiliada.

Así se indicó en otra decisión del alto Tribunal:

"Los afiliados o potenciales afiliados tienen derecho a recibir de los fondos privados de pensiones toda la información y la asesoría necesaria para realizar el traslado, en los términos del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993; tal cual lo ha entendido la jurisprudencia, ello implica estar informado sobre la totalidad de las circunstancias que involucran una decisión de graves repercusiones para el afiliado, en la medida en que se trata de su futuro mediano."

También se ha considerado que el papel que juegan las Administradoras de Pensiones no se puede limitar a la promoción del traslado de los afiliados del Régimen de Prima Media, sin cumplir a cabalidad con la entrega de información clara y transparente para evitar que los beneficiarios del servicio de seguridad social en pensiones, vean truncada su aspiración de pensionarse, como consecuencia de una decisión perjudicial a sus intereses, debido a deficiencias en

los agentes encargados de cumplir con la misión que la ley les asigna, en este caso, alrededor del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para hacer efectiva la libertad y autonomía en la escogencia del Fondo de Pensiones, previo conocimiento de todos los aspectos jurídicos y fácticos, relacionados con el derecho pensional de quien piensa trasladarse". (Sentencia Corte Suprema Sala Laboral de 22 de agosto de 2018, Radicado No. 55013)

En consecuencia y atendiendo las decisiones jurisprudenciales citadas, considera la Sala que el punto de debate que debe plantearse en esta oportunidad, se encuentra acertadamente fijado desde la primera instancia y se limita a establecer si PORVENIR SA demostró haber entregado al demandante una información completa, veraz y comprensible al momento de efectuar su traslado. Por esta razón debe procederse al estudio de los elementos de juicio allegados al plenario.

Conforme lo citado tenemos que en primera instancia se aportaron documentos con los que se detalla el proceso llevado a cabo para el traslado de Fondo Pensional del demandante. Las demandadas solamente presentaron como pruebas: el formulario de traslado, así como la copia del expediente laboral, en el que se da cuenta de las cotizaciones que el señor CELIS MORENO ha efectuado al Sistema; sin embargo, relacionado con la suficiencia en la información otorgada para el momento de su traslado, no se adjuntó medio de convicción alguno, sin que pueda darse por cumplida esta obligación con la mera presentación del formulario, pues en el mismo no se deja consignada constancia alguna al respecto

Debe aclararse que asiste razón al apoderado de PORVENIR cuando señala que la decisión de trasladarse fue libre de coacción, pues así se dejó dicho en el formulario firmado por el demandante, pero esta circunstancia no puede restar responsabilidad a la demandada en cuanto a la obligación que tenía de informar suficientemente acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas y eventuales pérdidas de derechos que comportaba tal decisión, recuérdese que se trata de un usuario lego que se encuentra en una posición desmejorada en cuanto al manejo del funcionamiento del Sistema, frente a la entidad que le ofrece la administración de sus aportes.

Y aclara la Sala, la calidad de lego que se le otorga al usuario no se hace en consideración con los estudios que éste tiene, menos si los mismos no tienen relación con el manejo del Sistema General de Pensiones. Se trata de la transmisión de la claridad necesaria respecto de los aspectos que, por su

especialidad, maneja a cabalidad la Administradora y que por ello se encuentra en mejor posición de transmitir y comprender, respecto del afiliado.

Y en cuanto al acceso a la información del usuario respecto del estado de sus aportes y su afiliación, lo cierto es que el envío de los estados de cuenta y reportes trimestrales, no aseguran una debida instrucción en relación con los fines pensionales que se pretenden.

Como bien se dijo en líneas atrás, no solamente se concreta la ausencia de claridad o transparencia en lo que se enuncia, sino igualmente en aquello que no se advierte o se calla, lo que adquiere mayor connotación cuando se trata de personas que cuentan con los requerimientos para acceder a mejores beneficios pensionales, en los que además, los datos ausentes son necesarios precisamente para ilustrar un evento tan trascendental como el relativo al eventual monto final de la pensión.

Por todo lo antes indicado, considera esta Sala que no se demostró suficientemente que la demandada hubiera cumplido con el deber de informar en las condiciones ya señaladas al señor ORLANDO CELIS MORENO, sobre las consecuencias que implicaría su traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. Corolario de lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, en lo relacionado con la ineficacia del traslado de régimen pensional a nombre del demandante.

En esa misma media, la devolución de saldos en conjunto con los gastos de administración que fuera objeto de condena en la sentencia de primera instancia contra PORVENIR SA, resulta acorde con los lineamientos jurisprudenciales que sobre el caso ha fijado la Corte Suprema de Justicia. Así lo ha indicado, esa alta Corporación, al señalar:

"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."¹

Aunque en ese momento se estudió la nulidad del traslado, cabe precisar que el fundamento para tomar la decisión se adecuaba al presente caso. En consecuencia, no hay lugar a la variación de la decisión en este aspecto.

Y finalmente, en cuanto al planteamiento del recurso de apelación, relacionado con el estudio del salvamento de voto emitido dentro de la sentencia SL68852 de abril del año 2019, se precisa que lo allí presentado fue una *aclaración de voto*, en la que consideraron los señores magistrados JORGE LUIS QUIRÓZ y ROBERTO ECHEVERRI, acertada la decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto. Y en cuanto al perjuicio que se hubiera provocado al demandante, cabe precisar que el mismo se traduce en haber perdido beneficios pensionales que poseía al estar vinculada en el régimen de prima media con prestación definida.

Se adiciona frente al reparo relacionado con la condena en costas dictada en la sentencia de primera instancia, que la misma no depende de la valoración de la conducta de buena o mala fe de la demandada en el mismo sentido en que se valoran estos elementos para la procedencia de otras condenas, pues su origen se encuentra dispuesto normativamente en el art. 365 del CGP, el que expresamente contempla los eventos en los que deben imponerse; para este caso, se ampara esta condena en lo señalado por el numeral 1º del citado artículo, en tanto se impuso a la parte que resultó vencida en el litigio. En esas mismas condiciones, tampoco se puede señalar que la condena en costas no proceda por haberse solicitado inicialmente la nulidad del traslado y no su ineficacia, pues lo que prima es que las excepciones propuestas no salieron adelante.

Pero además, conforme lo indicado en el numeral 5º del art. 366 del CPLSS, la controversia sobre el monto de las agencias en derecho solamente es posible presentarla a través de los recursos de reposición y apelación contra el auto que las apruebe en el Juzgado de primera instancia.

¹ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P. Eduardo López Villegas

En mérito de lo expuesto la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: -CONFIRMAR la sentencia dictada el 09 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo del apelante vencido, como agencias en derecho se incluye la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen. Notifíquese esta decisión a las partes, conforme lo dispone el Decreto 806 de 2020.



JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ

Magistrado



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA

Magistrada



ALVARO VINGOS URUEÑA

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Yopal, noviembre cinco (05) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ

Clase de Proceso: ORDINARIO – Apelación Sentencia

Radicación No.: 85-001-22-08-001-2019-00083-01

Demandante: OLGA LIZARAZO GALVIS

Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR SA

Aprobado Acta No: 0064 del 03 de noviembre de 2020

Decide la Sala el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta elevados frente a la sentencia de fecha noviembre quince (15) de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare.

I. CUESTIÓN PREVIA:

A través del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Ministerio de Justicia adoptó medidas para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales a evacuarse en las especialidades civil, familia, laboral. Por ello, en aplicación de tal norma, especialmente de lo indicado en el art. 14, la decisión que corresponde a esta instancia, se emite por escrito. De igual manera, se emite esta decisión en la presente fecha, teniendo en cuenta que mediante Acuerdos No. PCSJA20-11614 y PCSJA20-11622, el Consejo Superior de la Judicatura decretó la restricción de acceso a las sedes judiciales.

II. ANTECEDENTES

La señora OLGA LIZARAZO GALVIS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado desde el régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación

definida y por tanto solicita que se condene a la demandada PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados a su nombre.

Como hechos que fundamentan sus pretensiones señala que nació el día 15 de agosto de 1960 y actualmente se encuentra laborando con la Procuraduría General de la Nación. Afirma que ha realizado continuamente cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, en pensiones, hasta el 12 de octubre de 1995 al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES y de allí en adelante al régimen administrado por PORVENIR SA. Señala que al momento de su traslado no contó con información clara, honesta y veraz por parte de PORVENIR, razón por la cual ha solicitado en varias oportunidades el traslado al régimen de prima media, sin resultados favorables.

Contestación de la demanda

COLPENSIONES

Contesta a través de apoderado que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Señala que de conformidad con el art 1741 del CC, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de formalidades, mientras que si tiene un origen diverso, como el vicio del consentimiento, solo se genera nulidad relativa que da lugar a la rescisión del acto o contrato. Así mismo, que esa rescisión tiene un límite de 4 años para ser invocada, conforme el art. 1750 de la misma obra.

Indica que los beneficiarios del régimen de transición pueden escoger libremente el régimen pensional al que quieren pertenecer, pero que el traslado implica la pérdida de este derecho conforme lo señala el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Hace un análisis de las sentencias C789 de 2002, C1024 de 2004, C754 de 2004, entre otras, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición para quienes se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cita igualmente la sentencia STL14192-2017, destacando que en esa oportunidad no se concedió el amparo porque la Corte consideró ajustada a derecho la determinación de negar las pretensiones de la accionante en un caso similar al presente.

Señala finalmente que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple con los requisitos señalados en la Sentencia SU062 de 2010 y

por lo tanto no es posible que se efectúe su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Propone como excepciones las que denomina: Inexistencia del derecho y de la obligación de traslado de régimen pensional por la ineficacia, Eficacia del traslado de régimen pensional, Buena fe por parte de COLPENSIONES y Declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR SA

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, adujo en síntesis que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y sobre la misma se establece frecuente vigilancia de la Superintendencia Financiera. Destaca que ese sistema pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro y que esta ventaja no la tienen los afiliados al ISS (sic).

Por lo anterior, afirma que el monto de la pensión que logre el afiliado no depende de esa entidad, señalando que no puede afirmar la demandante que fue engañada, pues además de haber recibido toda la información, tuvo la oportunidad de leer, preguntar e incluso negarse a firmar el traslado, máxime desde su posición. Menciona además que para la época del traslado, los fondos no tenían la obligación de brindar la información en la forma que se solicita en la demanda y cita al respecto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en cuanto a que la asesoría así considerada solamente fue prevista cuando se creó el Sistema de Información al Consumidor Financiero, Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Realiza un estudio sobre el traslado de régimen establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el art. 11 del Decreto 692 de 1994 y señala que la decisión de realizar ese traslado es libre y voluntaria por parte del trabajador e indica que el traslado de régimen nuevamente al de ahorro individual con solidaridad es improcedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Se refiere igualmente a la nulidad y a los vicios del consentimiento, frente a lo cual manifiesta que ninguna de esas figuras se presenta en este caso.

Como excepciones planteó las de: Falta de causa para pedir, Inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR SA. Buena Fe, y la Innominada o Genérica.

Sentencia de primera instancia

De fecha 15 de noviembre del año anterior, el señor Juez de primera instancia declara la ineficacia del traslado que realizó la señora OLGA LIZARAZO GALVIS del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y ordena a COLPENSIONES recibir al demandante como si no se hubiera efectuado dicho traslado, así mismo ordena a PORVENIR SA realizar el traslado de los saldos de la cuenta individual a su nombre, junto con los rendimientos financieros de éstos con destino a COLPENSIONES. Niega las restantes pretensiones de la demanda, aclarando que no se refiere ello al reconocimiento del derecho pensional, sobre el cual, la demandante debe realizar su solicitud directamente al fondo público.

Para tomar su decisión, el señor Juez cita pronunciamiento de este Tribunal dentro del proceso con Radicado No. 2015-573 y ponencia del Dr. ÁLVARO VINCOS, así como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12136 de 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, aclarando que una cosa es la ineficacia del traslado de régimen y otra distinta es el traslado o regreso al régimen de prima media con prestación definida, señalando que conforme la demanda, lo que se pretende en este asunto es la ineficacia del traslado por ausencia de información completa sobre el traslado.

Adujo que conforme los medios de prueba aportados al plenario, se concluye que la demandada PORVENIR SA no ofreció una información adecuada, oportuna y veraz para tomar la decisión de traslado de régimen, especialmente en cuanto a las consecuencias que con ello asumía, ni las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Indicó que la demandada se limitó a indicar que la señora LIZARAZO GALVIS firmó el formulario de afiliación y traslado, pero no demostró haber cumplido con el deber de otorgar la información que se requiere en estos casos.

Recurso de apelación

El apoderado de PORVENIR SA interpuso recurso de apelación. Solicitó que se revise el material probatorio recaudado e indicó que en este caso no se demostró ningún vicio del consentimiento en el traslado. Indicó que en el plenario está el formulario en el que la demandante asume de forma libre el traslado y sus consecuencias. Solicita tener en cuenta el salvamento de voto del Magistrado JORGE LUIS QUIRÓZ dentro de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado No. SL68852 de abril del año 2019. Hace relación a la sostenibilidad financiera, que señala, se pone en riesgo con esta clase de traslados, debiendo primar el interés general sobre el particular. Además señala que en este caso se garantizó el debido proceso y el de la libertad informada, especialmente con el formulario de traslado. No se demostró el interés de la actora, para devolverse al Fondo Público. Sobre la condena en costas indica que hubo falta de tecnicismo porque se había alegado nulidad, sin embargo, no hubo vicios del consentimiento. Adicionalmente, lo que se presentó fue una defensa técnica de su representada, existiendo justa causa para haber acudido ante la jurisdicción. Además, porque esa entidad negó la petición de traslado de la demandante con fundamento en las normas existentes.

TRASLADO EN ESTA INSTANCIA

Cada una de las partes ratificó los argumentos enunciados en cada una de sus intervenciones. El apoderado de PORVENIR SA, solicita además que se aplique lo enunciado en el concepto de fecha 15 de enero de 2020, emitido por la Superintendencia Financiera, en relación con la devolución de los gastos de administración como consecuencia de la ineficacia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo normado en el inciso final del art. 69 del CPLSS, cuando la decisión de primera instancia sea adversa a las entidades territoriales o aquellas descentralizadas en las que la Nación sea garante, se hace indispensable agotar el grado jurisdiccional de consulta. Para este caso, al prosperar las pretensiones de la demanda y emitirse condena a COLPENSIONES, obligatorio resulta agotar este grado de jurisdicción, pues para este caso no se suple este requerimiento con la presentación del recurso de apelación de la demandada PORVENIR SA, siendo en todo caso necesario agotar

la consulta frente a todos aquellos aspectos que fueron desfavorables a la entidad pública.

De esta manera se ha explicado en jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la sentencia CSJ STL7382-2015, reiterada en autos AL8008-2016 y AL5073-2017 en donde se indicó:

*[...] (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, **basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.***

Con base en las anteriores consideraciones, se iniciará a realizar un estudio de la sentencia en su integridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el aparte final del art. 69 del CPLSS.

Lo pretendido en la demanda presentada por la señora OLGA LIZARAZO GALVIS es que se declare la ineficacia del traslado efectuado desde el fondo público al privado.

Sobre este asunto, existen diversos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en donde el punto central de debate se radica en la obligación de dotar de veracidad y confiabilidad a la información brindada a los afiliados por parte de las AFP al momento de realizar el traslado. Se incluye este tema como centro del análisis tratándose indistintamente de personas que aspiran o no a ser beneficiarias del régimen de transición, tal como se indicó por esa Corporación en decisión de tutela de fecha 18 de marzo del año 2020, dictada dentro del radicado No. 58288, sentencia STL3199-2020.

De igual manera, en Sentencia SL 19447 de 27 de septiembre de 2017, Radicado No. 47125, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA se pronunció la Corte sobre el deber de información de las AFP, en el siguiente sentido:

"Ese mismo compendio normativo (Estatuto Financiero), en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en

la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó."

Bajo esa óptica, quienes han logrado ser beneficiarios del régimen de transición tienen una expectativa legítima de acceder a su pensión en condiciones más favorables y por ello se hace imperioso dilucidar con mayor rigor los elementos que rodearon el traslado de régimen, especialmente frente a la transparencia y claridad de la información requerida para lograr su consentimiento en este trámite; pero esta sola circunstancia no implica que aquellas personas que no lograron ese estatus de beneficio no tengan derecho a que se revisen las condiciones en que se efectuó su traslado, en estos casos también se debe verificar que se haya dado cumplimiento a los postulados referentes a la veracidad, claridad y objetividad de lo informado. Ello en consideración a que no existe norma alguna que restrinja esta posibilidad en forma exclusiva para los beneficiarios del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y además, en atención a que lo que se protege con la disposición contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 es la libertad de escogencia del afiliado frente al modelo de pensión al que pretende acceder, no el acceso o la permanencia en el régimen de transición.

En igual sentido, conforme los lineamientos jurisprudenciales ampliamente considerados en la sentencia de primera instancia y con base en el argumento anteriormente enunciado del que se sirve esta Sala, puede afirmarse que lo debatido se traduce en la posible existencia de un silencio frente a determinados aspectos que no le resultan favorables al afiliado y que eventualmente pueden inducirlo a error al momento de escoger el régimen pensional que le resulta más conveniente dadas sus condiciones particulares. Este tema ha sido igualmente tocado por la Sala Laboral de la Corte Suprema al señalar:

"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" (Sentencia Corte Suprema – Sala Laboral Rad. 31989 de 09 de septiembre de 2008)

En consonancia con lo dicho, es necesario advertir que las entidades que manejan los Fondos de Pensiones, se encuentran encargadas de administrar dineros de los afiliados y por esta razón están obligadas a entregar información veraz, completa y transparente a sus usuarios. Esta obligación proviene desde el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, el cual, específicamente en su art. 97, modificado por el art. 23 de la Ley 795 de 2003, señala: *"Información a los usuarios: Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas"*.

Si bien es cierto, el Decreto 2071 de 2015 impuso unas reglas mucho más claras y precisas acerca de la forma en que las AFP deberían entregar la información a los usuarios del Sistema, ello no implica que los deberes que se establecieron desde el Decreto 663 de 1993 no tuvieran vigencia, o resultaren menos estrictos para estas Administradoras. Al respecto debe recordar que el esquema del Sistema de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, impone a las entidades que manejan los dineros asignados a la cobertura de la contingencia de vejez, un mayor cuidado en su administración y por lo mismo, una mayor atención frente al manejo de la información que de ellos se deriva, máxime cuando se trata de la promoción de los beneficios de cada uno de los regímenes establecidos, pues de ello depende nada menos que la cobertura de los ingresos destinados al cese de la vida laboral del trabajador.

De igual manera, existe pronunciamiento jurisprudencial que reconoce la necesidad de otorgar tal información, incluso con anterioridad al concepto emitido por la Superintendencia Financiera. Así se indicó en la decisión ya citada:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares."

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual."

Por ello, la interpretación que debe darse al art. 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es amplia en la medida en que la obligación allí impuesta debe acoger toda la posible información que el usuario requiere para tener los elementos de juicio que le permitan tomar una *decisión informada*. Y debe ser ello así, debido a que la entidad que administra los fondos posee una mejor posición en cuanto al conocimiento del manejo y funcionamiento del Sistema, que la gran parte de la población afiliada.

Así se indicó en otra decisión del alto Tribunal:

"Los afiliados o potenciales afiliados tienen derecho a recibir de los fondos privados de pensiones toda la información y la asesoría necesaria para realizar el traslado, en los términos del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993; tal cual lo ha entendido la jurisprudencia, ello implica estar informado sobre la totalidad de las circunstancias que involucran una decisión de graves repercusiones para el afiliado, en la medida en que se trata de su futuro mediato.

También se ha considerado que el papel que juegan las Administradoras de Pensiones no se puede limitar a la promoción del traslado de los afiliados del Régimen de Prima Media, sin cumplir a cabalidad con la entrega de información clara y transparente para evitar que los beneficiarios del servicio de seguridad social en pensiones, vean truncada su aspiración de pensionarse, como consecuencia de una decisión perjudicial a sus intereses, debido a deficiencias en los agentes encargados de cumplir con la misión que la ley les asigna, en este caso, alrededor del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para hacer efectiva la libertad y autonomía en la escogencia del Fondo de Pensiones, previo conocimiento de todos los aspectos jurídicos y fácticos, relacionados con el derecho pensional de quien piensa trasladarse". (Sentencia Corte Suprema Sala Laboral de 22 de agosto de 2018, Radicado No. 55013)

En consecuencia y atendiendo las decisiones jurisprudenciales citadas, considera la Sala que el punto de debate que debe plantearse en esta oportunidad, se encuentra acertadamente fijado desde la primera instancia, y se limita a establecer si PORVENIR SA demostró haber entregado a la demandante una información completa, veraz y comprensible al momento de efectuar su traslado.

Por esta razón debe procederse al estudio de los elementos de juicio allegados al plenario.

Conforme lo citado tenemos que en primera instancia se aportaron documentos con los que se detalla el proceso llevado a cabo para el traslado de Fondo Pensional de la demandante.

De igual manera se escuchó el testimonio del señor NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ, de quien no resultó próspera la tacha interpuesta por el apoderado de la demandada PORVENIR. El testigo depuso sobre las condiciones en las que se presentó el ofrecimiento de traslado de la demandante. Señaló que el asesor del fondo privado les dio una charla que no pasó de una hora y en cuanto al manejo del tema, señaló que, para su percepción, se trataba de un vendedor de un producto.

En el fondo privado tendrían 3 ventajas, que se podrían pensionar cuando quisieran, sin barrera de edad. En segundo lugar, podían escoger su mesada pensional, conforme el ahorro pensional que realizaran y finalmente que podrían hacer aportes extraordinarios. Cálculos o tablas comparativas no existieron. La persuasión radicó en las ventajas del fondo privado. Dijo además que solicitó el traslado nuevamente al fondo público, pero le contestaron que no era posible. Desconoce las razones.

Las demandadas solamente presentaron como pruebas: el formulario de traslado, así como la copia del expediente laboral, en el que se da cuenta de las cotizaciones que la señora LIZARAZO GALVIS ha efectuado al Sistema; sin embargo, relacionado con la suficiencia en la información otorgada para el momento de su traslado, no se adjuntó medio de convicción alguno, sin que pueda darse por cumplida esta obligación con la mera presentación del formulario, pues en el mismo no se deja consignada constancia alguna al respecto. Le informaron que su pensión siempre iba a ser mejor en ese fondo que en el extinto ISS.

Debe aclararse que asiste razón al apoderado de PORVENIR cuando señala que la decisión de trasladarse fue libre de coacción, pues así se dejó dicho en el formulario firmado por la demandante, pero esta circunstancia no puede restar responsabilidad a la demandada en cuanto a la obligación que tenía de informar suficientemente acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas y eventuales

pérdidas de derechos que comportaba tal decisión, recuérdese que se trata de un usuario lego que se encuentra en una posición desmejorada en cuanto al manejo del funcionamiento del Sistema, frente a la entidad que le ofrece la administración de sus aportes.

Y aclara la Sala, la calidad de lego que se le otorga al usuario no se hace en consideración con los estudios que éste tiene, menos si los mismos no tienen relación con el manejo del Sistema General de Pensiones. Se trata de la transmisión de la claridad necesaria respecto de los aspectos que, por su especialidad, maneja a cabalidad la Administradora y que por ello se encuentra en mejor posición de transmitir y comprender, respecto del afiliado.

Y en cuanto al acceso a la información del usuario respecto del estado de sus aportes y su afiliación, lo cierto es que el envío de los estados de cuenta y reportes trimestrales, no aseguran una debida instrucción en relación con los fines pensionales que se pretenden.

Como bien se dijo en líneas atrás, no solamente se concreta la ausencia de claridad o transparencia en lo que se enuncia, sino igualmente en aquello que no se advierte o se calla, lo que adquiere mayor connotación cuando se trata de personas que cuentan con los requerimientos para acceder a mejores beneficios pensionales, en los que además, los datos ausentes son necesarios precisamente para ilustrar un evento tan trascendental como el relativo al eventual monto final de la pensión.

Además, debe tenerse en cuenta que la señora LIZARAZO aportó solicitud de traslado de régimen pensional, en forma previa a la presentación de la demanda, demostrando con ello el inconformismo frente a la diferencia entre los dos regímenes.

Por todo lo antes indicado, considera esta Sala que no se demostró suficientemente que la demandada hubiera cumplido con el deber de informar en las condiciones ya señaladas a la señora OLGA LIZARAZO GALVIS, sobre las consecuencias que implicaría su traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. Corolario de lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, en lo relacionado con la ineficacia del traslado de régimen pensional a nombre de la demandante.

En esa misma media, la devolución de saldos en conjunto con los gastos de administración que fuera objeto de condena en la sentencia de primera instancia contra PORVENIR SA, resulta acorde con los lineamientos jurisprudenciales que sobre el caso ha fijado la Corte Suprema de Justicia. Así lo ha indicado, esa alta Corporación, al señalar:

"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."

Aunque en ese momento se estudió la nulidad del traslado, cabe precisar que el fundamento para tomar la decisión se adecúa al presente caso. En consecuencia, no hay lugar a la variación de la decisión en este aspecto.

Y finalmente, en cuanto al planteamiento del recurso de apelación de la misma demandada, relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia SL68852 de abril del año 2019, se precisa que los señores magistrados JORGE LUIS QUIRÓZ y ROBERTO ECHEVERRI, consideraron acertada la decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto.

Se adiciona frente al reparo relacionado con la condena en costas dictada en la sentencia de primera instancia, que la misma no depende de la valoración de la conducta de buena o mala fe de la demandada en el mismo sentido en que se valoran estos elementos para la procedencia de otras condenas, pues su origen se encuentra dispuesto normativamente en el art. 365 del CGP, el que expresamente contempla los eventos en los que deben imponerse; para este caso, se ampara

¹ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P. Eduardo López Villegas

esta condena en lo señalado por el numeral 1º del citado artículo, en tanto se impuso a la parte que resultó vencida en el litigio.

Pero además, conforme lo indicado en el numeral 5º del art. 366 del CPLSS, la controversia sobre el monto de las agencias en derecho solamente es posible presentarla a través de los recursos de reposición y apelación contra el auto que las apruebe en el Juzgado de primera instancia.


En mérito de lo expuesto la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: -CONFIRMAR la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo del apelante vencido, como agencias en derecho se incluye la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen. Notifíquese esta decisión a las partes, conforme lo dispone el Decreto 806 de 2020.



JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada


ALVARO VINGOS URUEÑA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Yopal, cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Clase de Proceso: ORDINARIO – Apelación Sentencia
Radicación No.: 85-001-22-08-001-2019-00091-01
Demandante: MARÍA MAGDALENA PEÑUELA PINTO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR SA
Aprobado Acta No: 0064 del 03 de noviembre de 2020

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de apelación, así como sobre el grado jurisdiccional de consulta elevados frente a la sentencia de fecha enero veintisiete (27) de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare.

I. CUESTIÓN PREVIA:

A través del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Ministerio de Justicia adoptó medidas para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales a evacuarse en las especialidades civil, familia, laboral. Por ello, en aplicación de tal norma, especialmente de lo indicado en el art. 14, la decisión que corresponde a esta instancia, se emite por escrito. De igual manera, se emite esta decisión en la presente fecha, teniendo en cuenta que mediante Acuerdos No. PCSJA20-11614 y PCSJA20-11622, el Consejo Superior de la Judicatura decretó la restricción de acceso a las sedes judiciales.

II. ANTECEDENTES

La señora MARÍA MAGDALENA PEÑUELA PINTO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado desde el régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida y por tanto solicita que se condene a la demandada PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES, los aportes realizados a su nombre.

Como hechos que fundamentan sus pretensiones señala que nació el día 08 de septiembre de 1958 y ha realizado continuamente cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, en pensiones, hasta el año 1997 al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES y desde enero de 1998 en adelante al régimen administrado por PORVENIR SA. Señala que al momento de su traslado no contó con información clara, honesta y veraz por parte de PORVENIR, razón por la cual ha solicitado en varias oportunidades el traslado al régimen de prima media, sin resultados favorables.

Contestación de la demanda

COLPENSIONES

Contesta a través de apoderado que se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Señala que de conformidad con el art 1741 del CC, la nulidad de los actos jurídicos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita o por falta de formalidades, mientras que, si tiene un origen diverso, como el vicio del consentimiento, solo se genera nulidad relativa que da lugar a la rescisión del acto o contrato. Así mismo, que esa rescisión tiene un límite de 4 años para ser invocada, conforme el art. 1750 de la misma obra.

Indica que los beneficiarios del régimen de transición pueden escoger libremente el régimen pensional al que quieren pertenecer, pero que el traslado implica la pérdida de este derecho conforme lo señala el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Hace un análisis de las sentencias C789 de 2002, C1024 de 2004, C754 de 2004, entre otras, en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición para quienes se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cita igualmente la sentencia STL14192-2017, destacando que en esa oportunidad no

se concedió el amparo porque la Corte consideró ajustada a derecho la determinación de negar las pretensiones de la accionante en un caso similar al presente.

Señala finalmente que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple con los requisitos señalados en la Sentencia SU062 de 2010 y por lo tanto no es posible que se efectúe su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Propone como excepciones las que denomina: Inexistencia del derecho y de la obligación de traslado de régimen pensional por la ineficacia, Eficacia del traslado de régimen pensional, Buena fe por parte de COLPENSIONES y Declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR SA

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, adujo en síntesis que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y sobre la misma se establece frecuente vigilancia de la Superintendencia Financiera. Destaca que ese sistema pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro y que esta ventaja no la tienen los afiliados al ISS (sic).

Por lo anterior, afirma que el monto de la pensión que logre el afiliado no depende de esa entidad, señalando que no puede afirmar la demandante que fue engañada, pues además de haber recibido toda la información, tuvo la oportunidad de leer, preguntar e incluso negarse a firmar el traslado. Menciona además que para la época del traslado, los fondos no tenían la obligación de brindar la información en la forma que se solicita en la demanda y cita al respecto el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en cuanto a que la asesoría así considerada solamente fue prevista cuando se creó el Sistema de Información al Consumidor Financiero, Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Realiza un estudio sobre el traslado de régimen establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el art. 11 del Decreto 692 de 1994 y señala que la decisión de realizar ese traslado es libre y voluntaria por parte del

trabajador e indica que el traslado de régimen nuevamente al de ahorro individual con solidaridad es improcedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Se refiere igualmente a la nulidad y a los vicios del consentimiento, frente a lo cual manifiesta que ninguna de esas figuras se presenta en este caso.

Como excepciones planteó las de: Falta de causa para pedir, Inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR SA. Buena Fe, y la Innominada o Genérica.

Sentencia de primera instancia

De fecha 27 de enero del año en curso, el señor Juez de primera instancia declara la ineficacia del traslado que realizó la señora MARÍA MAGDALENA PEÑUELA PINTO del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y ordena a COLPENSIONES recibir al demandante como si no se hubiera efectuado dicho traslado, así mismo ordena a PORVENIR SA realizar el traslado de los saldos de la cuenta individual a su nombre, junto con los rendimientos financieros de éstos con destino a COLPENSIONES. Niega las restantes pretensiones de la demanda, aclarando que no se refiere ello al reconocimiento del derecho pensional, sobre el cual, la demandante debe realizar su solicitud directamente al fondo público.

Para tomar su decisión, el funcionario cita pronunciamiento de este Tribunal dentro del proceso con Radicado No. 2015-573 y ponencia del Dr. ÁLVARO VINCOS, así como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12136 de 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, aclarando que una cosa es la ineficacia del traslado de régimen y otra distinta es el traslado o regreso al régimen de prima media con prestación definida, señalando que conforme la demanda, lo que se pretende en este asunto es la ineficacia del traslado por ausencia de información completa sobre el traslado.

Adujo que conforme los medios de prueba aportados al plenario, se concluye que la demandada PORVENIR SA no ofreció una información adecuada, oportuna y veraz para tomar la decisión de traslado de régimen, especialmente en

cuanto a las consecuencias que con ello asumía, ni las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Indicó que la demandada se limitó a indicar que la señora PEÑUELA PINTO firmó el formulario de afiliación y traslado, pero no demostró haber cumplido con el deber de otorgar la información que se requiere en estos casos.

Recurso de apelación

La apoderada de PORVENIR SA interpuso recurso de apelación. Solicita que se analice el encabezado del formulario de traslado firmado por la demandante, quien además se encuentra debidamente capacitada para solicitar información sobre las dudas del traslado. Indica que en dicho documento se hace constar que el traslado es libre y voluntario, así como que se recibió la información necesaria. Además, se le puso de presente el derecho de retractación. Menciona que el acto de traslado es válido. Solicita aceptar las excepciones propuestas.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo normado en el inciso final del art. 69 del CPLSS, cuando la decisión de primera instancia sea adversa a las entidades territoriales o aquellas descentralizadas en las que la Nación sea garante, se hace indispensable agotar el grado jurisdiccional de consulta. Para este caso, al prosperar las pretensiones y emitirse condena a COLPENSIONES, obligatorio resulta agotar este grado de jurisdicción, pues para este caso no se suple este requerimiento con la presentación del recurso de apelación de la demandada PORVENIR SA, siendo en todo caso necesario agotar la consulta frente a todos aquellos aspectos que fueron desfavorables a la entidad pública.

De esta manera se ha explicado en jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la sentencia CSJ STL7382-2015, reiterada en autos AL8008-2016 y AL5073-2017 en donde se indicó:

*[...] (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, **basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la***

totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.

Con base en las anteriores consideraciones, se iniciará a realizar un estudio de la sentencia en su integridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el aparte final del art. 69 del CPLSS.

Lo pretendido en la demanda presentada por la señora MARÍA MAGDALENA PEÑUELA PINTO es que se declare la ineficacia del traslado efectuado desde el fondo público al privado.

Sobre este asunto, existen diversos pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en donde el punto central de debate se radica en la obligación de dotar de veracidad y confiabilidad a la información brindada a los afiliados por parte de las AFP al momento de realizar el traslado. Se incluye este tema como centro del análisis tratándose indistintamente de personas que aspiran o no a ser beneficiarias del régimen de transición, tal como se indicó por esa Corporación en decisión de tutela de fecha 18 de marzo del año 2020, dictada dentro del radicado No. 58288, sentencia STL3199-2020.

De igual manera, en Sentencia SL 19447 de 27 de septiembre de 2017, Radicado No. 47125, con ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA se pronunció la Corte sobre el deber de información de las AFP, en el siguiente sentido:

"Ese mismo compendio normativo (Estatuto Financiero), en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó."

Bajo esa óptica, quienes han logrado ser beneficiarios del régimen de transición tienen una expectativa legítima de acceder a su pensión en condiciones más favorables y por ello se hace imperioso dilucidar con mayor rigor los elementos que rodearon el traslado de régimen, especialmente frente a la transparencia y claridad de la información requerida para lograr su consentimiento en este trámite; pero esta sola circunstancia no implica que aquellas personas que no lograron ese estatus de beneficio no tengan derecho a que se revisen las condiciones en que se efectuó su traslado, en estos casos también se debe verificar que se haya dado cumplimiento a los postulados referentes a la veracidad, claridad y objetividad de lo informado. Ello en consideración a que no existe norma alguna que restrinja esta posibilidad en forma exclusiva para los beneficiarios del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y además, en atención a que lo que se protege con la disposición contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 es la libertad de escogencia del afiliado frente al modelo de pensión al que pretende acceder, no el acceso o la permanencia en el régimen de transición.

En igual sentido, conforme los lineamientos jurisprudenciales ampliamente considerados en la sentencia de primera instancia y con base en el argumento anteriormente enunciado del que se sirve esta Sala, puede afirmarse que no hay distinción entre la solicitud de ineficacia realizada por el afiliado o la persona a quien ya se le reconoció la pensión de vejez. Lo anterior, atendiendo a que la protección se dirige a la libertad de escogencia desde la afiliación del usuario.

Además, porque lo debatido se traduce en la posible existencia de un silencio frente a determinados aspectos que no le resultan favorables al afiliado y que eventualmente pueden inducirlo a error al momento de escoger el régimen pensional que le resulta más conveniente dadas sus condiciones particulares. Este tema ha sido igualmente tocado por la Sala Laboral de la Corte Suprema al señalar:

"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" (Sentencia Corte Suprema – Sala Laboral Rad. 31989 de 09 de septiembre de 2008)

En consonancia con lo dicho, es necesario advertir que las entidades que manejan los Fondos de Pensiones, se encuentran encargadas de administrar

dineros de los afiliados y por esta razón están obligadas a entregar información veraz, completa y transparente a sus usuarios. Esta obligación proviene desde el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, el cual, específicamente en su art. 97, modificado por el art. 23 de la Ley 795 de 2003, señala: *"Información a los usuarios: Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas"*.

Si bien es cierto, el Decreto 2071 de 2015 impuso unas reglas mucho más claras y precisas acerca de la forma en que las AFP deberían entregar la información a los usuarios del Sistema, ello no implica que los deberes que se establecieron desde el Decreto 663 de 1993 no tuvieran vigencia, o resultaren menos estrictos para estas Administradoras. Al respecto debe recordar que el esquema del Sistema de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, impone a las entidades que manejan los dineros asignados a la cobertura de la contingencia de vejez, un mayor cuidado en su administración y por lo mismo, una mayor atención frente al manejo de la información que de ellos se deriva, máxime cuando se trata de la promoción de los beneficios de cada uno de los regímenes establecidos, pues de ello depende nada menos que la cobertura de los ingresos destinados al cese de la vida laboral del trabajador.

De igual manera, existe pronunciamiento jurisprudencial que reconoce la necesidad de otorgar tal información, incluso con anterioridad al concepto emitido por la Superintendencia Financiera. Así se indicó en la decisión ya citada:

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares."

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.”

Por ello, la interpretación que debe darse al art. 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es amplia en la medida en que la obligación allí impuesta debe acoger toda la posible información que el usuario requiere para tener los elementos de juicio que le permitan tomar una *decisión informada*. Y debe ser ello así, debido a que la entidad que administra los fondos posee una mejor posición en cuanto al conocimiento del manejo y funcionamiento del Sistema, que la gran parte de la población afiliada.

Así se indicó en otra decisión del alto Tribunal:

“Los afiliados o potenciales afiliados tienen derecho a recibir de los fondos privados de pensiones toda la información y la asesoría necesaria para realizar el traslado, en los términos del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993; tal cual lo ha entendido la jurisprudencia, ello implica estar informado sobre la totalidad de las circunstancias que involucran una decisión de graves repercusiones para el afiliado, en la medida en que se trata de su futuro mediano.”

También se ha considerado que el papel que juegan las Administradoras de Pensiones no se puede limitar a la promoción del traslado de los afiliados del Régimen de Prima Media, sin cumplir a cabalidad con la entrega de información clara y transparente para evitar que los beneficiarios del servicio de seguridad social en pensiones, vean truncada su aspiración de pensionarse, como consecuencia de una decisión perjudicial a sus intereses, debido a deficiencias en los agentes encargados de cumplir con la misión que la ley les asigna, en este caso, alrededor del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para hacer efectiva la libertad y autonomía en la escogencia del Fondo de Pensiones, previo conocimiento de todos los aspectos jurídicos y fácticos, relacionados con el derecho pensional de quien piensa trasladarse”. (Sentencia Corte Suprema Sala Laboral de 22 de agosto de 2018, Radicado No. 55013)

En consecuencia y atendiendo las decisiones jurisprudenciales citadas, considera la Sala que el punto de debate que debe plantearse en esta oportunidad, se encuentra acertadamente fijado desde la primera instancia y se limita a establecer si PORVENIR SA demostró haber entregado a la demandante una información completa, veraz y comprensible al momento de efectuar su traslado. Por esta razón debe procederse al estudio de los elementos de juicio allegados al plenario.

Conforme lo citado tenemos que en primera instancia se aportaron documentos con los que se detalla el proceso llevado a cabo para el traslado de Fondo Pensional de la demandante.

De igual manera se escuchó el testimonio de la señora MARLENY AGUIRRE REYES, conoce a la demandante porque eran compañeras de trabajo en la Gobernación de Casanare, por el año 1992. Informa que la demandante le comentó que estaba muy disgustada sobre su traslado del Fondo público al privado porque no le cumplieron las promesas que le hicieron. A su vez, la testigo le indicó que a ella la habían visitado para que se cambiara, hablándole solamente sobre las ventajas del fondo privado. Desconoce si a la demandante le dieron información por escrito sobre el traslado.

Las demandadas solamente presentaron como pruebas: el formulario de traslado, así como la copia del expediente laboral, en el que se da cuenta de las cotizaciones que la señora PEÑUELA PINTO ha efectuado al Sistema; sin embargo, relacionado con la suficiencia en la información otorgada para el momento de su traslado, no se adjuntó medio de convicción alguno, sin que pueda darse por cumplida esta obligación con la mera presentación del formulario, pues en el mismo no se deja consignada constancia alguna al respecto

Debe aclararse que asiste razón al apoderado de PORVENIR cuando señala que la decisión de trasladarse fue libre de coacción, pues así se dejó dicho en el formulario firmado por la demandante, pero esta circunstancia no puede restar responsabilidad a la demandada en cuanto a la obligación que tenía de informar suficientemente acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas y eventuales pérdidas de derechos que comportaba tal decisión, recuérdese que se trata de un usuario lego que se encuentra en una posición desmejorada en cuanto al manejo del funcionamiento del Sistema, frente a la entidad que le ofrece la administración de sus aportes.

Y aclara la Sala, la calidad de lego que se le otorga al usuario no se hace en consideración con los estudios que éste tiene, menos si los mismos no tienen relación con el manejo del Sistema General de Pensiones. Se trata de la transmisión de la claridad necesaria respecto de los aspectos que, por su especialidad, maneja a cabalidad la Administradora y que por ello se encuentra en mejor posición de transmitir y comprender, respecto del afiliado.

Y en cuanto al acceso a la información del usuario respecto del estado de sus aportes y su afiliación, lo cierto es que el envío de los estados de cuenta y reportes trimestrales, no aseguran una debida instrucción en relación con los fines pensionales que se pretenden.

Como bien se dijo en líneas atrás, no solamente se concreta la ausencia de claridad o transparencia en lo que se enuncia, sino igualmente en aquello que no se advierte o se calla, lo que adquiere mayor connotación cuando se trata de personas que cuentan con los requerimientos para acceder a mejores beneficios pensionales, en los que además, los datos ausentes son necesarios precisamente para ilustrar un evento tan trascendental como el relativo al eventual monto final de la pensión.

Además, debe tenerse en cuenta que la señora LIZARAZO demostró haber solicitado el traslado de régimen pensional, en forma previa a la presentación de la demanda, demostrando con ello el inconformismo frente a la diferencia entre los dos regímenes.

Por todo lo antes indicado, considera esta Sala que no se demostró suficientemente que la demandada hubiera cumplido con el deber de informar en las condiciones ya señaladas a la señora MARÍA MAGDALENA PEÑUELA PINTO, sobre las consecuencias que implicaría su traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. Corolario de lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, en lo relacionado con la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En esa misma media, la devolución de saldos en conjunto con los gastos de administración que fuera objeto de condena en la sentencia de primera instancia contra PORVENIR SA, resulta acorde con los lineamientos jurisprudenciales que sobre el caso ha fijado la Corte Suprema de Justicia. Así lo ha indicado, esa alta Corporación, al señalar:

"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.”¹

Aunque en ese momento se estudió la nulidad del traslado, cabe precisar que el fundamento para tomar la decisión se adecúa al presente caso. En consecuencia, no hay lugar a la variación de la decisión en este aspecto.

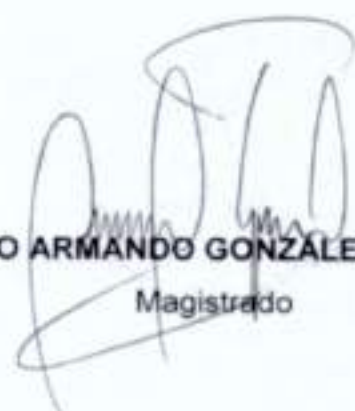
En mérito de lo expuesto la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: -CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de enero del año 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, Casanare, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo del apelante vencido, como agencias en derecho se incluye la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen. Notifíquese esta decisión a las partes, conforme lo dispone el Decreto 806 de 2020.


JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado

¹ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P. Eduardo López Villegas



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada



ALVARO VINGOS URUEÑA
Magistrado

743A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

M. P. Dr. ALVARO VINCOS URUEÑA

Interlocutorio No. 044

Yopal, Casanare, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

1. RECUENTO PROCESAL

1.1.- Mediante auto del 24 de abril de 2019 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Yopal determinó entre otras, admitir la demanda verbal de responsabilidad civil extracontractual, disponiendo la notificación a los demandados.

1.2.- El apoderado de PABLO HERNANDO RODRIGUEZ PAEZ y ALBERTO RODRIGUEZ PAEZ, mediante escrito radicado el 15 de agosto de 2019, presentó recurso de reposición contra la anterior determinación, asegurando que la competencia del presente asunto corresponde a los Juzgados Administrativos de Oralidad del Circuito de Yopal, según lo dispuesto en los artículo 104 y 155 de la Ley 1437 de 2011.

1.3.- Con escrito radicado el 26 de agosto de 2019 el apoderado de la parte demandante se pronunció sobre el recurso de reposición.

1.4.- Mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2019 el apoderado del HOSPITAL REGIONAL DE LA ORINOQUIA, presentó contestación a la demanda, proponiendo entre otras excepciones, la que título "Falta de competencia".

1.5.- Conforme escrito fechado el 26 de agosto de 2019 el apoderado de la parte demandante presentó contestación al recurso de reposición.

1.6.- El apoderado de PABLO HERNANDO RODRIGUEZ PAEZ y ALBERTO RODRIGUEZ PAEZ, con escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, contesto la demanda proponiendo como excepción de mérito, entre otras, la que denomino "A. Mixta de falta de jurisdicción".

1.7.- El Juzgado Primero Civil del Circuito de Yopal mediante providencia del 30 de enero de 2020, dispuso revocar el auto recurrido y en consecuencia, enviar el proceso a reparto de los Juzgados Administrativos de Yopal.

1.8.- Mediante escrito radicado el 5 de febrero de 2020 el apoderado de la parte demandante presento recurso de apelación parcial contra la anterior determinación.

1.9.- Con providencia del 27 de febrero de 2020 el Juzgado Primero Civil del Circuito dispuso conceder en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, disponiendo la remisión del expediente a esta Corporación.

2. BREVES CONSIDERACIONES.

En primer lugar, conforme el artículo 139¹ del CGP la determinación del juez que declare su falta de competencia para conocer de un proceso, a más de ordenar su remisión a la autoridad que estime que lo es, en todo caso, no admite recurso, por lo tanto, su concesión no resulta acertada, en este orden, se dispondrá su negación por improcedente.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que la declaratoria de falta de jurisdicción o competencia puede devenir bien a por iniciativa del operador judicial o como consecuencia de la petición de una de las partes, en este último caso la norma habilita a formularla como excepción previa, bien siguiendo los derroteros artículo 100 y siguientes del CGP en los procesos declarativos, o mediante recurso de reposición conforme lo señalado en el artículo 442 del CGP en el caso de los procesos

¹ ARTÍCULO 139. TRÁMITE. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso.

El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.

El juez que reciba el expediente no podrá declarar incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.

El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverse el superior de la autoridad judicial desplazada.

La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces.

ejecutivos; igualmente, debe señalarse que la mencionada situación constituye además causal de nulidad².

Sin que sean necesarias más consideraciones, el suscritos Magistrado de la **SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL-CASANARE**,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra proferido el 30 de enero de 2020 por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Yopal.

SEGUNDO: Vuelva el expediente al despacho de origen para efectuar el trámite correspondiente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ALVARO VINGOS URUEÑA
Magistrado

² Artículo 133.1 del CGP "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia."

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

M.P. Dr. ÁLVARO VINCOS URUEÑA

Proceso:	Proceso Especial
Radicación:	850013105002-2019-00270-01
Demandante:	ENERCA S.A. E.S.P.
Demandado:	SINTRAELECOL
Procedencia:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal
Asunto:	Apelación
Sentencia:	039

Acta de discusión No. 080 de noviembre de dos mil veinte (2020)

Yopal, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I. MATERIA DE DECISIÓN

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida en audiencia pública el pasado 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad.

II. ANTECEDENTES

1. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

a.) LO PRETENDIDO:

La parte demandante solicita:

“...Primero: Declarar que ENERCA S.A E.S.P demostró su interés jurídico y está legitimada por activa para solicitar la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro de la Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia - SINTRAELECOL.

Segundo: Declarar que la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia de Colombia - SINTRAELECOL S.A E.S.P al momento de la comunicación a la Empresa de Energía de Casanare S.A E.S.P de la inscripción y registro de la Junta Directiva para la subdirectiva sindical contaba con un número inferior de 25 afiliados con contrato de trabajo vigente.

Tercero: Declarar que la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica de Colombia - SINTRAELECOL únicamente cuenta a la fecha con 3 afiliados activos con contrato de trabajo con la Empresa de Energía de Casanare - ENERCA S.A E.S.P.

Cuarto: Declarar que la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica de Colombia - SINTRAELECOL se encuentra incurso en la causal de disolución prevista en el artículo 401 literal d) del Código Sustantivo del Trabajo.

Quinto: Ordenar al Ministerio del Trabajo la cancelación de la inscripción al registro sindical de la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica de Colombia - SINTRAELECOL.

Sexto: Ordenar a la Subdirectiva Seccional para Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica de Colombia - SINTRAELECOL realizar los trámites tendientes a su liquidación y disolución.

Séptimo: Ordenar que como consecuencia, no hay lugar al surgimiento de las situaciones de negociabilidad de las condiciones de trabajo en que actualmente se encuentran los 3 trabajadores sindicalizados.”

b) SUSTENTO FÁCTICO:

Como supuestos fácticos relevantes para resolver el asunto, la parte demandante manifiesta que el SINTRAELECOL (Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia) es un sindicato de industria perteneciente al sector eléctrico en Colombia, que para caso particular de Casanare, los trabajadores afiliados al mismo se encuentran vinculados laboralmente con ENERCA S.A E.S.P (Empresa de Energía de Casanare S.A E.S.P), por ser la única empresa cuya actividad económica coincide con los trabajadores que agrupa el citado sindicato.

Se indica igualmente, que el 5 de agosto de 2019 la parte demandante recibió por parte de la División Territorial para Casanare del Ministerio de Trabajo constancia de registro de creación y primera subdirectiva seccional o comité sindical SINTRAELECOL, evidenciando como número de personas asistentes a la asamblea de creación llevada a cabo el 28 de diciembre

de 2017 un total de 25 afiliados. No obstante, consultado con el área de talento humano y desarrollo organizacional de ENERCA S.A E.S.P a la fecha de notificación de la mencionada comunicación, SINTRAELECOL únicamente contaba con 3 afiliados (ALCIRA FINO CAICEDO, LUIS NICACIO PEÑA CÁBULO, CLARA ISABEL JARA PEREZ) con contrato vigente en la empresa demandante.

En atención a lo anterior, no se cumple con el requisito establecido en el artículo 391-1 del Código Sustantivo del Trabajo, adicionado por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, al no contar la organización sindical en el Municipio de Yopal con el número mínimo de 25 miembros para la integración de una Subdirectiva Sindical, sin que, además, se cuenten con el número mínimo de 12 miembros para la conformación de un comité seccional.

Por lo tanto, concluyó la parte demandante que, la Subdirectiva para Casanare de la Organización Sindical SINTRAELECOL se encuentra incurso en la causal de disolución prevista en el literal d) artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, ante la reducción del número de sus afiliados.

Relató que años atrás, el sindicato y la empresa demandante llevaron a cabo encuentros para la organización de negociaciones de condiciones laborales de sus afiliados, que fueron negados por la ausencia del número mínimo de sus afiliados, y agregó que los contratos los contratos de los trabajadores afiliados han finalizado bien por expiración o vencimiento del plazo, o porque los trabajadores en forma voluntaria se han desafiliado del sindicato.

2.- ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante providencia del 11 de octubre de 2019 la juez de conocimiento dispuso que ante la presencia de falencias en el escrito, relacionados con la falta de capacidad para ser parte por el extremo pasivo ante la falta de representación legal de las subdirectivas, la indicación del factor territorial para determinar la competencia, la falta de aportación de prueba de la existencia y representación del sindicato SINTRAELECOL y la falta de adecuación del hecho 4 de la demanda, determinó a más de reconocer personería jurídica al apoderado de la demandante, dispuso devolver la demanda concediendo 5 días a la parte actora para que corrigiera las deficiencias mencionadas.

Posteriormente, mediante providencia del 25 de octubre de 2019, entre otras determinaciones, dispuso admitir la demanda especial sumaria de disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de una subdirectiva, disponiendo además de notificar personalmente al

sindicato SINTRAELECOL y a la Subdirectiva Seccional para Casanare del sindicato SINTRAELECOL, correr traslado de la demanda a la parte pasiva por el termino de 5 días.

3.- POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

3.1 En escrito enviado al Juzgado de conocimiento el 4 de marzo de 2020 HERIBERTO ENRIQUE AVENDAÑO GARCIA, Presidente Nacional de SINTRAELECOL presentó contestación a la demanda.

Para lo anterior rechazó y negó las pretensiones de la demanda, por lo que propuso como excepciones previas: a) Falta de jurisdicción o de competencia artículo 100 numeral 1 del CGP, b) Haberse dado a la demanda trámite de un proceso diferente al que le corresponde - artículo 10 numeral 7 del CGP, c) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales - artículo 100 numeral 3 del CGP, así mismo propuso como excepciones de mérito las que denominó:

a. *"Caducidad de la acción en derecho privado y en derecho administrativo"*, la cual hace consistir en que, cualquier nulidad del acto administrativo de registro de la Subdirectiva SINTRAELECOL debió presentarse ante la jurisdicción contencioso administrativa al tenor del artículo 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 dentro de los 4 meses siguientes a la publicación del acto, sin que pese a ser notificada del registro y creación de la subdirectiva en ningún momento demandó la nulidad o la nulidad y el restablecimiento, gozando de plena validez encontrándose, además, caduca cualquier tipo de acción al momento de la presentación de la demanda.

b. *"Falta de legitimación en la causa por activa"*, fundada en que por disposición del literal c del artículo 52 la Ley 50 de 1990 la legitimación por activa para demandar ante los jueces laborales radica en el Ministerio del Trabajo, no de la empresa, debiendo ésta agotar y probar el trámite administrativo, impidiéndosele a los empleadores autorizar, condicionar o participar en la definición de los estatutos de una organización sindical o en la creación de subdirectivas, existiendo mandato y protección constitucional que garantiza la autonomía de las organizaciones sindicales, por lo que, sostuvo, que el Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social no prevé acción ante la jurisdicción laboral relacionada con la impugnación del empleador de un acto de modificación de estatutos de un sindicato, existiendo un interés de cercenar el derecho de asociación sindical.

c. *"Falta de agotamiento de requisito de procedibilidad"* por cuanto considero que el artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo se aplica a las violaciones del título I "Sindicatos", comprendidas entre los artículos 353 al 428 del CST y al artículo 55 de la Ley 50/90, que para el caso de la última norma mencionada impone el aplicar el artículo 52 de la Ley 50/90, que en su juicio, determina un procedimiento ante las autoridades administrativas, requisito de procedibilidad establecido para luego acceder a la jurisdicción laboral.

d. *"Interpretación Errona de la norma e interpretación errónea de las consecuencias"* asegura que la organización sindical se creó cumpliendo los requisitos legales y estatutarios, además sostuvo que debido al actuar indebido de la empresa se ha disminuido el número de afiliados de la subdirectiva, sin embargo, aclaro que ello no obsta para que el juez o una autoridad administrativa pueda liquidar o cancelar la misma, asegurando que el requisito establecido en el artículo 55 de la Ley 50/90 es un requisito para la creación y no de la existencia de la subdirectiva, reiterando que, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 55 de la Ley 50/90 no trae como consecuencia la disolución y liquidación dispuesta en el artículo 401 del CST, pues señaló, que por el contrario, se posibilita a la organización sindical adecuar su organización interna y buscar nuevos afiliados para cumplir la ley.

e. *"Excepciones probadas dentro del proceso"*, frente al particular solicitó al juez de instancia declarar de oficio las demás excepciones que se encuentren probadas.

3.2 El día 16 de septiembre de 2020 KARINA NIETO ZAPATA, apoderado de SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGIA DE COLOMBIA - SINTRAELECOL, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, propuso como excepciones previas: a) Falta de competencia por factor territorial, b) Falta de jurisdicción, c) Inepta demanda, d), y como excepciones de mérito las que denominó:

a. *"Caducidad de la acción"*: Frente al particular indico que, tanto la constancia de registro como la creación de la subdirectiva no fueron objeto demanda de nulidad ni de nulidad y restablecimiento adquiriendo el acto administrativo en firme goza de plena validez y en virtud de los principios de la buena fe y seguridad jurídica, en este orden señalo que al pretender el empleador presentar una demanda en un tiempo muy posterior, la acción ya caduco para su pretensión, pues la publicidad y conocimiento de la empresa de la existencia de la subdirectiva se dio en diciembre de 2017.

b. *"Falta de legitimación en la causa por activa"*: Considero que en virtud de literal c del artículo 52 la Ley 50/90, la legitimación por activa o legitimación para demandar ante los jueces laborales radica en virtud de la ley en el Ministerio del Trabajo, y no en la empresa, esta última que además omitió el agotar el trámite administrativo, o el aportar pruebas de haberlo solicitado. Alegando adicionalmente que los empleadores no pueden autorizar, condicionar o participar en la definición de los estatutos de una organización sindical ni de la creación de subdirectivas, por el contrario, el mandato y protección constitucional busca garantizar la autonomía de las organizaciones sindicales, concluyo que, por ello el CPL y SS no prevé acción ante la jurisdicción laboral respecto a la impugnación del empleador de un acto de modificación de estatutos de un sindicato.

c. *"Falta de agotamiento de requisito de procedibilidad"*: el cual fundó en que si el demandante considera que existe una violación al art. 55 debe aplicar el art. 52 de la ley 50/90, donde se establece un procedimiento ante las autoridades administrativas, como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción laboral, insistiendo en que los legitimados en la causa por activa solo se reconocen a la autoridad administrativa.

d. *"Improcedibilidad de la pretensión que se reclama"*: Al respecto menciono que, la subdirectiva de la organización sindical se creó cumpliendo los requisitos legales y estatutarios, y que fue a consecuencia de las acciones indebidas realizadas por la empresa se ha disminuido el número de afiliados de esa subdirectiva, pero aclaro que, ello no implica la posibilidad de que un juez o una autoridad administrativa pueda liquidar o cancelar la subdirectiva, pues en su sentir, el requisito establecido en el art. 55 de la ley 50/90 lo es para la creación no de su existencia. Agregando que, el incumplimiento del art. 55 de la ley 50/90 en caso de subdirectivas no tiene como consecuencia la liquidación y disolución del art. 401 del CST, únicamente deriva en que la organización de manera interna decida adecuar su forma de organización o busque los afiliados necesarios para cumplir el requisito de ley, o que el Ministerio de Trabajo (no los jueces) inicien un trámite administrativo para hacer cumplir la norma.

e. *"Excepciones probadas dentro del proceso"*: Por último, solicitó se declaren de oficio las demás excepciones que se encuentran probadas dentro del proceso.

3.3 El día 23 de septiembre de 2020 la señora ALCIRA FINO CAICEDO, quien manifestó obrar como vicepresidenta de la Sudirectiva Yopal, del SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGIA DE COLOMBIA – SINTRAEECOL, manifestó darse por notificada del contenido de la demanda de la referencia, la que menciono ya había sido contestada por SINTRAEECOL.

III. EL FALLO APELADO.

El juez de instancia, en audiencia celebrada el 21 de octubre del hogaño, resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por el extremo demandado y que denominó i) caducidad de la acción, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) falta de agotamiento de requisito de procedibilidad e iv) improcedencia de la pretensión que se reclama; declarando que a la EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE -ENERCA S.A. E.S.P- le asiste interés jurídico y se encontraba legitimada para integrar el extremo activo de este litigio; disponiendo la cancelación del registro sindical de la Subdirectiva Casanare del Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia - SINTRAELECOL- por haber incurrido en la causal establecida en el literal d) del artículo 401 del CST; condenó en costas al demandado.

Lo anterior, con sustento en que, en primer lugar, respecto a la primera excepción denominada caducidad de la acción refirió que dado a que en la resolución de la excepciones previas, especialmente, respecto de la falta de jurisdicción estableció que la jurisdicción ordinaria, no la contenciosa administrativa, era la competente para conocer de presente litigio la misma carecía de fundamento, afirmando que la caducidad alegada hace referencia a la establecida para la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, acción que no es la ejercitada en este asunto.

En segundo término, manifestó que la excepción de mérito propuesta denominada Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva alegada por la parte demandada en que el único legitimado para invocar la disolución, liquidación y cancelación de un sindicato o de una subdirectiva de él, el juez de primera instancia luego de traer a cita el contenido del numeral 3 artículo 450 del CST concluyó que el empleador esta legitimado para incoar la acción en contra de los sindicatos y menciono la sentencia STL-10296 del 19 de julio de 2016 de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

En tercer lugar, respecto a la excepción de fondo de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad, aseguró la primera instancia que el medio exceptivo contaba con idénticos argumentos a aquellos en los cuales se cimentó la excepción previa de inepta demanda, los que resumió en señalar que el demandante debió agotar, antes de presentar la demanda, el trámite administrativo establecido en el numeral 1° del artículo 380 del CST, al respecto señaló que la causal invocada para la disolución, liquidación y cancelación de la subdirectiva seccional del sindicato, no hace necesario agotar, previo a acudir a la jurisdicción, el procedimiento señalado en el numeral 1° del artículo 380 del CST.

En cuarto lugar, frente a la excepción de improcedencia de la pretensión que se reclama, basada en el que incumplimiento del requisito establecido en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 no daba lugar a la disolución, liquidación y cancelación de una Subdirectiva sindical pues el mismo constituye un requisito de creación no de subsistencia y en que el proceso establecido en el artículo 380 del CST tan sólo es aplicable directamente a los Sindicatos y no a sus Subdirectivas pues no existe norma expresa que así lo permita, el A quo trajo a cita la sentencia calendada del 03 de marzo de 2017 dentro del expediente 25286-31-03-001-2016-00924-01 proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala Laboral, y concluyó que, contrario a lo afirmado por la parte demandada, las causales de disolución y liquidación establecidas en el artículo 401 del CST, así como el procedimiento regulado por el numeral 2° del artículo 380 de la misma obra, sí puede ser aplicado a las Subdirectivas Sindicales.

Luego, evaluó si como lo alega la demandante, la Subdirectiva Seccional Casanare de SINTRAELECOL incurrió o no en la causal señalada en el literal d) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, para lo anterior, indico que conforme a la certificación aportada por el demandado, previo requerimiento del juez de conocimiento, se concluye que la subdirectiva de Casanare del Sindicato de trabajadores SINTRAELECOL no cuenta con el número mínimo de trabajadores afiliados para su subsistencia, incurriendo en la causal de disolución en comento, normas que aseguró, son aplicables a subdirectivas sindicales. Además, indico que contrario a lo manifestado por la parte demandada respecto a que el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 no establece una condición para la existencia de la subdirectiva sino una condición para su creación, por disposición del artículo 359 del Código Sustantivo de Trabajo todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a 25 afiliados. Frente a la persecución laboral de que eventualmente pueda ser víctima un sindicato, señalo que dicha situación puede y deben ser denunciada ante las autoridades administrativas del trabajo tal como lo prevé el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, aclaró que si bien la consecuencia jurídica en estos eventos es la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, de conformidad con el literal e) del artículo 401 del CST, aclaró que, en atención a que se trata de una Subdirectiva del Sindicato SINTRAELECOL, en quien recae la causal, no había lugar a ordenar una disolución y liquidación, como quiera que no era procedente la desaparición del Sindicato como persona jurídica, por lo que dispuso únicamente la cancelación del registro sindical de la Subdirectiva

de Casanare del Sindicato de trabajadores SINTRAELECOL, ordenando además, oficiar al Ministerio de Trabajo - Territorial Casanare- para que procediera en tal sentido.

IV. LA APELACIÓN.

4.1 Inconforme con lo decidido, el apoderado de la activa fincó su desacuerdo únicamente en lo relacionado con la negativa en resolver acerca de la disolución y liquidación de la organización sindical, frente a la liquidación indico que corresponderá a la demanda señalar los bienes con los que cuenta, y en lo relativo a la disolución considero que ella es una causal accesoria a la cancelación del registro, esta última, que indicó se infiere además de diferentes determinaciones judiciales emanadas por los Tribunales Superiores del país y de la Corte Suprema de Justicia.

4.2 A su turno, la parte demandada solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que al disponerse la cancelación del registro sindical establecido en el literal d del artículo 401 del CST bajo el criterio que aplica tanto para sindicatos como para las subdirectivas, se vulnera el principio de indubio pro operario según el cual la interpretación de normas y su enfrentamiento debe ser tomada en favor de los trabajadores, no en su contra, aseguro además que de la simple lectura de la norma mencionada no se extrae la consecuencia que adopto el juzgado de primera instancia.

Igualmente, sostuvo haber demostrado con las pruebas documentales una serie de practicas antisindicales por parte de la demandante tendientes a obtener la disminución del numero de trabajadores, mediante la desvinculación de trabajadores sindicalizados haciéndoles propuestas de estabilidad laboral y la negativa a efectuar negociación sindical con la subdirectiva, que fueron objeto además de sanción por parte del Ministerio del Trabajo mediante resolución No. 0048 del 11 de marzo de 2020.

Afirmo que la interpretación del artículo 401 del CST no puede realizarse en forma objetiva, mas aun cuando se trata de una subdirectiva, circunstancia que no se encuentra en forma taxativa en la citada norma, más aún por cuanto SINTRAELECOL a nivel nacional cuenta con más de 7.887 afiliados haciéndola además inaplicable, siendo necesario el abordaje de la persecución laboral, las practicas antisindicales, la masacre laboral de la que fueron victimas los miembros del sindicato. Afirmó que contrario a lo sostenido por la juzgadora y conforme a la sentencia SL2615 del 2020 MP LUIS BENEDICTO HERRERA, la jurisdicción esta facultada para imponer sanciones por actividades antisindicales, no sólo por parte de las autoridades

administrativas, siendo necesario verificar los motivos de la disminución de los afiliados de la subdirectiva.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 66 del C.P.T y la SS es competente esta Sala para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en tanto se trata de una sentencia de primera instancia susceptible del recurso de alzada, adicionalmente, por expresa disposición del literal g del artículo 380 del CST, subrogado por el artículo 52 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, corresponde entonces, determinar si la consecuencia establecida en el literal d del artículo 401 del CST se encuentra prevista también a las Subdirectivas sindicales, de superar el anterior análisis, se decidirá sobre los demás reparos propuestos por las partes.

5.1.-Capacidad para capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso

Preliminar debe efectuarse una aclaración respecto a las apreciaciones relacionadas con la incapacidad para comparecer como extremo pasivo por parte de la Subdirectiva del sindicato SINTRAELECOL en el presente trámite, situación que dejó de presente la primera instancia tanto en el auto que profirió el 11 de octubre de 2019 como en el desarrollo de la audiencia llevada a cabo el día 21 de octubre de 2020, cuando encontrándose en la fase de saneamiento del litigio, la juzgadora de primera instancia indicó, previa observación del apoderado de la parte demandante, que la contestación efectuada por el representante legal del sindicato, a quien no acreditó en su momento ser apoderado judicial, no le reconoció personería jurídica para actuar, además menciono que pese a los esfuerzos no fue posible notificar en forma personal a los miembros de la Subdirectiva sindical, sin embargo, menciono que al encontrarse el proceso al despacho para estudiar lo referente a las notificaciones y la inadmisión de la contestación efectuada por la demanda, se presentó contestación por la señora KARINA NIETO ZAPATA, junto con el respectivo poder, quien concluyó actúa en representación del sindicato SINTRAELECOL y de la Subdirectiva, esta última que enfatizó carece de personería jurídica, por lo que encontró todo conforme a derecho.

Frente al particular cabe hacer mención sobre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso, al respecto en la Sentencia CSJ SL27975, 22 de julio 2009, la Corte Suprema de Justicia interpretó:

[...] Para resolver el tema en cuestión conviene hacer previamente algunas precisiones conceptuales. En primer lugar, que la llamada 'capacidad para ser parte' es un presupuesto procesal que difiere de la denominada 'capacidad para comparecer al proceso'. La primera alude a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y, en términos del proceso, para ser sujeto de las relaciones jurídicas generadas a su interior, tal y como lo reza el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; en tanto que, la segunda se traduce en la facultad de poderse ejercer por sí mismo, y sin que medie representación o autorización de otros, los diversos actos del proceso.

[...]

En efecto, ya se ha visto que no es cuestión discutida en el proceso la existencia de la persona jurídica SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PUBLICOS, AUTONOMOS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA 'SINTRAEMSDDES', como organización sindical de primer grado de industria o de rama de actividad económica (folio 88 cuaderno anexo). Luego, entonces, su 'capacidad para ser parte' en el proceso, y a la vez de ser sujeto derechos y obligaciones es indiscutible, con independencia de que su subdirectiva funja como demandante en el proceso, que es cuestión distinta según se ha visto, dado que su personalidad jurídica no es ni fue tema de controversia en las instancias.

Por manera que, la exigencia de la personalidad jurídica en cabeza de la subdirectiva demandante emerge totalmente desafortunada, dado que con ello lo que se hizo por el Tribunal fue confundir la capacidad para ser parte, indiscutida en el proceso y tema pacífico en casación, con la capacidad procesal o para comparecer al proceso, que fue en verdad lo exigido por el juzgador y meollo de la discusión en el recurso extraordinario.

[...]

De la inteligencia de la disposición surge con claridad meridiana que las personas jurídicas, como lo son indubitadamente también las entidades gremiales de carácter sindical, 'comparecen' al proceso no solamente a través de sus representantes legales, como desatinadamente lo entendió el Tribunal, sino también a través de quienes según la convención colectiva de trabajo, o sus estatutos en general, se hubiere así previsto, es decir, de sus representantes convencionales, para utilizar la alocución de esa normativa.

[...]

De seguirse al Tribunal en el errado entendimiento de estas dos figuras; como de la exigencia legal sobre la capacidad para comparecer al proceso que impuso a la demandante, se llegaría al absurdo de considerarse que única y exclusivamente la agremiación sindical puede expresarse en el proceso judicial a través de su directiva nacional, como así lo exigió el juzgador, con lo cual no sólo se desconoce que la naturaleza de agremiaciones sindicales como la demandante, que se dispersan por todo el territorio nacional, impone a éstas crear mecanismos de representación local, sino también, de caros derechos del ente sindical, como lo son, su facultad de producir con plena autonomía sus estatutos (artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo); contar con mecanismos de protección de su actividad en lugares distintos al de su sede principal (artículo 39 de la Constitución Política); y crear subdirectivas locales con capacidad de representación de sus intereses sociales y no de ser simples 'apéndices' administrativos (artículo 55 de la Ley 50 de 1990), entre otros, como lo resalta la recurrente.

En reciente sentencia SL4601-2018 del tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018), la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, siguiendo la anterior argumentación agregó:

“...Si el objetivo del legislador fue el de materializar en una disposición normativa, que los sindicatos pudieran ampliar su rango de acción, y facilitar la participación de sus diferentes asociados cuando aquellos se desempeñan en diferentes sedes territoriales, lo cual es más visible en los sindicatos de industria o por rama de actividad económica, formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas que pueden estar situadas en distintos municipios, como también respecto de sindicatos gremiales, integrados por personas de una misma profesión, oficio o especialidad, no puede concebirse que la defensa de sus intereses comunes, labor tan común e indispensable en estas organizaciones, como es la de acudir a los distintos escenarios judiciales del país, con el fin de atender los llamados de distintos reclamantes o acompañar las acciones de sus integrantes, sólo la pueda ejercer su órgano directivo nacional, dificultando con ello, la tarea misma de la persona jurídica en su estructura organizacional, quien sólo deberá estar concentrada a esa tarea, olvidando que la función de ese colectivo, también se extiende a otras funciones por fuera de los espacios judiciales.”

5.2 Del caso sujeto a examen.

5.2.1.- Efectuado lo anterior, debe señalarse que por disposición de la Ley 26 de 1976 se aprobó el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, se destacan el reconocimiento: i) del derecho de los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, ii) que la organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, así como el de elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción, iii) la prohibición de que dichas organizaciones estén sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa, y iv) la no sujeción de la adquisición de personería jurídica condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 del citado Convenio.

Con esta orientación el artículo 39 de la Constitución Política Nacional y Código Sustantivo del Trabajo reconocen y protegen el derecho de asociación sindical (artículo 353 y 354 del CST), adicionalmente, establece la libertad a la organización de darse sus propios reglamentos y estatutos (artículo 362 del CST), la prohibición de que su disolución se efectúe por vía administrativa (numeral 2 del artículo 380 del CST), el goce de personería jurídica por el hecho de su fundación y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva (artículo 364 y ss del CST).

En punto a la adquisición de la personería jurídica y como su efecto principal se tiene que, *"...Ningún sindicato puede actuar como tal, ni ejercer las funciones que la ley y sus respectivos estatutos le señalen, ni ejercitar los derechos que le correspondan, mientras no se haya inscrito el acta de constitución ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sólo durante la vigencia de esta inscripción."* (artículo 372 del CGP), en este orden, se estableció como deber de los sindicatos la inscripción en el registro sindical, conforme los términos exigidos en los artículos 365 a 368 del CST para tal efecto configurando como únicas causales para negar la inscripción en el registro sindical el que i) que los estatutos de la organización sindical sean contrarios a la Constitución Nacional y la Ley, y ii) el que la organización sindical se constituya con un número de miembros inferior al exigido por la ley¹, adicionalmente, se establece que al interior del registro deben constar toda modificación a los estatutos (artículo 369 y 370 del CST) así como cualquier cambio, total o parcial, en la Junta Directiva del sindicato (artículo 371 del CST).

Frente al trámite interno para el registro sindical de organizaciones sindicales de primer, segundo y tercer grado, el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución No. 810 de 2014, entendiendo este registro como *"...el trámite administrativo mediante el cual el Ministerio del Trabajo inscribe a la organización sindical en el kárdex correspondiente, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos por la Constitución y la Ley"* (artículo 2) el cual, además, *"...cumple fines de publicidad, al tiempo que habilita la actuación de las organizaciones sindicales conforme lo establecido en sus propios estatutos, una vez la materializada la inscripción"* (artículo 3).

5.2.2.- Ahora bien, conforme al artículo 391-1 del Código Sustantivo del Trabajo los sindicatos pueden prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal, estableciendo un mínimo de miembros de 25, igualmente, posibilita la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros, sin que pueda haber más de una subdirectiva o comité por municipio.

En este orden, *"...las Subdirectivas Seccionales de un sindicato, son una expresión democrática y descentralizada de la organización sindical por su desaparición no deja de existir la organización que la creó apoyada en sus propios estatutos generales"*². Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-043 de 2006, dijo:

¹ CST, "ARTICULO 359 NUMERO MINIMO DE AFILIADOS. Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) (empleadores) independientes entre sí."

² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia S1563-2018, siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

"[...] Por el contrario, las exigencias establecidas en las normas acusadas resultan más bien necesarias y proporcionadas a la finalidad perseguida como lo es el garantizar la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos en un ambiente democrático y participativo. Permitir la creación de subdirectivas y comités seccionales, en aquellos municipios distintos al del domicilio principal del sindicato, e indicar que no podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio, apenas impone unos requisitos mínimos e indispensables para el normal funcionamiento y organización de un sindicato, que permiten ampliar su campo de acción y así garantizar los derechos de asociación y libertad sindical, así como el de participación de quienes lo integran.

Cabe observar, que las normas acusadas acogen una perspectiva descentralizadora en beneficio de la representación de los trabajadores, que tiende "a dar una mayor garantía al derecho de asociación y al principio de libertad sindical, y a la modernización de las instituciones del derecho colectivo del trabajo".

Además, en cuanto a que no pueda existir más de una subdirectiva o comité por municipio, debe señalarse que el derecho de participación democrática en las organizaciones sindicales no puede soportarse en la simple existencia de un gran número de directivas o comités seccionales en un mismo municipio, lo que podría entorpecer su normal funcionamiento, sino en garantizar la real y efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan y en la defensa de sus intereses comunes, lo que se logra con la posibilidad de crear una subdirectiva o comité por municipio y en un lugar distinto al del domicilio principal del sindicato."

Al respecto, los estatutos de SINTRAEECOL definen a la Subdirectiva Seccional como "...el conjunto de afiliados(as) al sindicato perteneciente a una o varias sedes laborales de diferentes empresas o entidades, sus filiales y subsidiarias de que trata o define el artículo segundo (2) de los presente estatutos, en cada región, departamento o municipio del territorio nacional, aglutinados en torno a una Junta Directiva." (artículo 79 de los Estatutos de SINTRAEECOL), y se establecen que "...para la constitución de una Subdirectiva se requiere, previa aprobación de la Junta Directiva Nacional, cumplir con los siguientes requisitos: a. Que el número de afiliados(as) de la Subdirectiva no sea inferior a veinticinco (25). b. Que se sujeten al cumplimiento de los presentes estatutos, a las reglamentaciones internas del sindicato y a las normas de la Junta Directiva nacional. Parágrafo. 1. Los(as) trabajadores (as) que laboren en dependencias donde el número de afiliados(as) no alcance para formar una Subdirectiva, podrán conformar un Comité Sindical o podrán afiliarse a la Directiva Nacional o a la Subdirectiva más cercana, llenando los requisitos de que tratan estos Estatutos" (Artículo 79).

5.2.3.- Conforme a lo expuesto, se insiste, la adquisición de la personería jurídica por parte de la organización sindical surge "...A partir de la fundación, instrumentada en el acta constitutiva, el ordenamiento acepta el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho puesto que, como allí se prescribe toda organización sindical de trabajadores, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica. Según lo ha explicado la Corte este efecto se conoce en la doctrina como personería jurídica automática, para significar que entre el acto de creación de un sindicato y el nacimiento de una persona jurídica distinta a la de sus creadores, no media ningún procedimiento, trámite

o elemento adicional.”³, por lo tanto, pese a que también se insistió precedentemente sobre la posibilidad de las Subdirecciones de salir a representar al Sindicato en actuaciones no solo judiciales, es claro que, únicamente existe una la misma persona jurídica.

Igualmente, se considera de las anteriores consideraciones, que dentro los actos sujetos a registro sindical, no se encuentra prevista la exigencia, conforme al Código Sustantivo del Trabajo, sobre la protocolización de la creación de las Subdirectivas Seccionales ante el Registro Sindical del Ministerio del Trabajo, en cuyos requisitos deben observarse, eso sí, , el número mínimo de afiliados, conforme lo faculta el artículo 391-1 del Código Sustantivo del Trabajo, adicionado por el 55 de la Ley 50 de 1990.

En este orden, al contar el sindicato SINTRAELECOL con una única personería jurídica, la cual se predica tanto de sus órganos, afiliados y ésta en conjunto, y que sólo con la reducción en el número significativo a menos de 25 de afiliados de SINTRAELECOL, conforme lo señala en el literal d) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, es que se hace viable la solicitud de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical; debe recordarse además que, la Subdirectiva Seccional no es un sindicato autónomo, por el contrario, se trata de un órgano de aquel.

Si bien obran en el plenario varios autos proferidos por la H. Corte Suprema de Justicia decidiendo conflictos de competencia, en los cuales pudiera pensarse que es procedente el trámite dispuesto en el literal d) del artículo 401 del CST, lo cierto es que para esta Sala tienen validez los argumentos anteriormente expuestos, más aun por cuanto fueron ratificados y no se trata de una posición absoluta, verificado el contenido la sentencia calendada del 03 de marzo de 2017 dentro del expediente 25286-31-03-001-2016-00924-01 proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Laboral, allí mismo se expone lo siguiente:

“La razón de ser de la cosa juzgada radica en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre jurídica. Teniendo como función o eficacia negativa, que los jueces vuelvan a tratar y decidir sobre lo que está resuelto con decisión que tenga esas consecuencias, esto es la inmutabilidad, y una función o eficacia positiva, como es la seguridad que le otorga a las relaciones jurídicas sobre la que versa la decisión, no siento entonces un efecto de la sentencia, sino la voluntad del Estado manifestada en la ley que la regula.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-472/13.

(...) Es sabido que este fenómeno jurídico se encuentra contemplado en el art. 303 del CGP, aplicable en materia laboral por mandato del art. 145 del CPTSS, institución que por demás, debe cumplir unos requisitos para darle viabilidad, los mismos que en síntesis, son: que se adelante un proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, que en el nuevo litigio exista identidad jurídica de partes, que la nueva controversia verse sobre el mismo objeto, ósea, sobre las mismas pretensiones; y, que la nueva litis se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir los mismos hechos. (...)

Aplicado lo anteriormente expuesto al caso en estudio, se tiene que se cumple con el primer presupuesto mencionado, ya que el proceso especial No. 2015-00433, con el cual se confrontó el actual, para deducir la presencia de la figura de cosa juzgada, finalizó a causa de la sentencias dictadas en ambas instancias, de la cuales finalmente el Tribunal Superior de Bogotá resolvió revocar la decisión de primer grado y como consecuencia de ello absolver a la "ASPU" de las pretensiones instauradas en su contra.

(...) Con relación al segundo de los requisitos para que opere la cosa juzgada, es decir, identidad jurídica de las partes, se observa que también se satisface, ya que tanto en el proceso sumario No. 2015-00433 que curso en el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, como en el actualmente incoado son idénticos los extremos intervinientes.

(...) Ahora en cuanto al tercer elemento, esto es, que la nueva controversia verse sobre el mismo objeto, ósea, sobre las mismas pretensiones, se observa que este condicionamiento no se cumple, ya que en el primer proceso la parte demandante pidió la declaración disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de la ASPU seccional UNAD, en tanto que en el segundo se pretende la cancelación de la inscripción de la Junta Directiva de la ASPU seccional UNAD.

(...) La diferencia encuentra estribo en que al pedir inicialmente la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de la mencionada seccional, significa cancelar la inscripción de las Subdirectivas en el registro, como si gozaran de personería jurídica, lo que no es así, ya que según el artículo 401 del CST las Subdirectivas y Comités Seccionales fueron concebidos como organismos de dirección dependientes de los sindicatos, no obstante, a pesar de ello, esta Sala ha venido sosteniendo que dicha circunstancia no impide que pueda cancelarse la inscripción en el registro sindical, bien sea de las Subdirectivas como normalmente se ha denominado, o de la Juntas Directivas de las mismas, como ahora lo solicita la parte demandante, siendo incluso lo más conveniente que se pide en estos términos, atendiendo precisamente que las subdirectivas no gozan de personería jurídica, pero que en última se pretende lo mismo, es decir, la cancelación de la inscripción del registro de la Subdirectiva, que como lo ha dicho la Sala con ponencia del Magistrado Edwin De La Rosa Quessep dentro proceso radicado 2015-00040 -"rige no solo para el sindicato principal sino para sus subdirectivas e incluso para los comités seccionales, única forma en que se hace efectivo el fuero sindical y los demás derechos del sindicato.

(...) Razón por la que entonces ahora se pretende la cancelación de la inscripción de la Junta Directiva de la seccional UNAD, teniendo en cuenta que el Tribunal de Bogotá en su momento determinó que no era posible acceder a la cancelación del registro de un ente que carece de personería jurídica, además, sostuvo, que cuando se trate de violación de las normas del trabajo la competencia recae en el Ministerio del Ramo y que la causal alegada no se encuentra enmarcada en el artículo 401 del CST, a lo que concluyo que no se reunían los presupuestos normativos para adoptar la decisión objeto de recurso.

(...) Lo que permite tener un mayor soporte para concluir que en el asunto en concreto no ha operado la cosa juzgada, por cuanto no se resolvió de fondo la controversia (...)"

En conclusión, en el presente caso se aplicó indebidamente el artículo 401 literal d) del CST, precepto este que se refiere a la disolución de «[...] un sindicato o una federación o confederación de sindicatos [...], por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores», pues este precepto no se hacerse extensivo a la disolución y cancelación de la inscripción en el registro sindical de la subdirectiva seccional de SINTRAELECOL. En este orden, el Tribunal acoge el sentido literal de la norma, el cual no contempla esta figura para las subdirectivas, pues de interpretarse lo contrario, se estarían desconociendo derechos sindicales.

Por lo tanto, no es posible acceder a la cancelación del registro por la falta de cumplimiento de los requisitos formales para ello, en este orden, se revocará la sentencia de primera instancia, y como consecuencia de ello absolver a la parte demandada de las pretensiones instauradas en su contra.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR por las razones aquí expuestas la sentencia fustigada, de fecha y origen anotados, conforme lo dicho *ut supra*.

SEGUNDO: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante. Fijese como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, conforme el numeral 4 del artículo 365⁴ del CGP.

TERCERO: Retornen las diligencias al Juzgado de origen, previo las anotaciones de rigor.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,

ALVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado

GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada

JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado

⁴ 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: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior
Distrito Judicial de Yopal
Sala Única

Magistrada ponente: Dr. Álvaro Vincos Urueña

Ref.: Ordinario Laboral - Recurso extraordinario de Casación

Demandante: Nubia Chávez Narváez

Demandados: Municipio de Paz de Ariporo

Rad.: 850012208003-2012-00005-02

Yopal, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Surtido el grado de consulta, a continuación decídase sobre la concesión del recurso de casación propuesto por la demandante ELICENDA PATRICIA ZAMBRANO contra la sentencia dictada por esta Corporación, dentro del asunto de la referencia.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS

1. El recurso de casación se interpuso en *oportunidad* habida cuenta que se planteó dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia cuestionada, por lo que se observó el plazo a que el artículo 88 del C.P.T. y S.S.

2. Ahora, para recurrir al recurso extraordinario de casación, la cuantía mínima del proceso laboral debe ser de 120 SMLMV, en virtud a la declaratoria de inexequibilidad del canon 48 de la Ley 1395 de 2010 que elevaba el tope a 220 SMLMV, de manera que para el año 2018, vigencia en que se profirió la sentencia acusada, el interés para recurrir en Casación debía superar la suma de \$93.794.040.

3. Conforme lo tiene decantado la jurisprudencia del Trabajo, el interés jurídico para recurrir en casación está determinado por el agravio que sufre el impugnante con la sentencia acusada, que, tratándose del demandado se traduce en la cuantía de las resoluciones que económicamente lo perjudiquen, en tanto que frente al extremo actor, corresponde al monto de las pretensiones negadas con la sentencia censurada, en ambos casos, teniendo en cuenta la conformidad o inconformidad del interesado respecto del fallo de primer grado.

4. Atendiendo los anteriores derroteros y en punto a definir el motivo puesto a consideración, se advierte que en el *sub lite*, la sentencia de segunda instancia confirmó la de primera en donde, en lo que interesa, se negó la pretensión de la impugnate - pensión de sobrevivientes -, por manera que el interés jurídico para la

libelista lo constituye, sin más, el valor del ruego desestimado que apoyándonos en el cálculo allegado, excede la cuantía mínima requerida, por lo que bien pronto hace procedente el recurso.

Así las cosas, ante la viabilidad del recurso de casación, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal, Sala Única de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el recurso extraordinario de *casación* interpuesto por demandante ELICENDA PATRICIA ZAMBRANO contra la sentencia de fecha y origen anotados.

SEGUNDO: Remítase oportunamente el expediente a la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral (Reparto), previo las notaciones del caso.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALVARO VINGOS URUEÑA
Magistrado

GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada

JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

M.P. Dr. ÁLVARO VINCOS URUEÑA

Proceso:	Proceso Especial Levantamiento Fuero Sindical
Radicación:	850013105002-2018-00348-01
Demandante:	DEPARTAMENTO DEL CASANARE
Demandado:	ELIBED MARIÑO SANCHEZ
Procedencia:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal
Asunto:	Apelación
Sentencia:	040

Acta de discusión No. 080 de noviembre de dos mil veinte (2020)

Yopal, cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I. MATERIA DE DECISIÓN

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida en audiencia pública el pasado 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad.

II. ANTECEDENTES

1. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

a.) LO PRETENDIDO:

La parte demandante solicita:

"...1. Se declare que existe una evidente JUSTA CAUSA para solicitar el levantamiento de fuero sindical de la servidora pública, señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ, por haber sido hallada

responsable disciplinariamente dentro del proceso radicación No. 2756 de 2017, y a quien la oficina de control interno le impuso como sanción principal la DESTITUCIÓN del cargo e INHABILIDAD general por trece (13) años; mediante providencia del 10 de agosto de 2018, la decisión fue confirmada por el Despacho del Gobernador de Casanare del 24 de octubre de 2018.

2. Como consecuencia de lo anterior se ordene el LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL de la servidora pública ELIBED MARINO SANCHEZ quien actualmente se desempeña como miembro principal de QUEJAS Y RECLAMOS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL SINDICAL DE TRABAJADORES Y SERVIDORES PUBLICOS DE LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE COLOMBIA "ANTHOC DEPARAMENTAL CASANARE.

3. Que como consecuencia del levantamiento de fuero sindical, se ordene a la administración departamental proceder a expedir el acto administrativo de "Ejecutoria de la decisión" de conformidad con el numeral 5 del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, hecho que permitirá hacer efectiva la sanción impuesta a la servidora pública ELIBED MARINO SANCHEZ, de DESTITUCION del cargo e INHABILIDAD general por trece (13) años y registro de la correspondiente sanción por parte de la División de Registro, Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes disciplinarios.

4. Se condene al demandado al pago de costas en caso de oponerse a las pretensiones de la demanda."

b) SUSTENTO FÁCTICO:

Como supuestos fácticos relevantes para resolver el asunto, la parte demandante manifiesta que la señora ELIBED MARINO SANCHEZ se vinculó a la administración conforme Resolución No. 2077 del 26 de noviembre de 1990 desempeñando el cargo de aseadora del centro de salud de Maní, que mediante Resolución 110 del 8 de febrero de 1996 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de operaria de servicios generales - aseadora del citado centro de salud, posteriormente, el 1 de septiembre de 1999 conforme Resolución 901 fue incorporada en provisionalidad a la planta de personal de la Gobernación de Casanare para desempeñar el cargo de operaria de servicios generales en el centro de salud de Monterey.

Igualmente, se menciona que en virtud del Decreto 024 de 2002 se creó la Unidad Administrativa Especial - hoy RED SALUD CASANARE, originando que los centros de salud del Departamento de Casanare pasaron a formar parte de la mencionada red y trayendo como consecuencia la expedición el Decreto 020 de 0248 del 12 de marzo de 2007 efectuando la reubicación de la demandada ELIBED MARINO SANCHEZ a la planta de personal de la Secretaría de Salud de Yopal, Dirección Administrativa y Financiera, aclarando que, debido a

la situación laboral anormal, se permitió a la demandada a continuar prestando sus servicios en el centro de salud de Monterrey, explicando además que, el pago de los salarios y prestaciones los efectuó desde esa época el Departamento de Casanare.

Se relata que la incorporación definitiva a la planta de personal de la demandada con el Departamento de Casanare se llevó a cabo conforme el Decreto 0147 del 1 de noviembre de 2006 en el cargo de Auxiliar de servicios generales código 470 grado 02.

Por lo anterior, la demandada solicitó su reubicación al Municipio de Monterrey alegando factores económicos, familiares y de educación, esta última, por encontrarse adelantando estudios de Técnico profesional en agua potable y saneamiento ambiental en el SENA, generando que el 22 de mayo de 2007 la administración aplazara su reubicación.

Se indica que, el 28 de enero de 2015 la Secretaria de Salud Departamental comunicó a la demandante la posibilidad de ser reubicada en provisionalidad en el cargo de técnico de área de salud código 323 grado 01, por un periodo de 6 meses prorrogables por el mismo término y hasta tanto el mismo fue provisto por concurso, otorgando un plazo de 10 para su aceptación, el cual fue efectuado por la demandante condicionándolo a no renunciar al cago desempeñado, frente a lo cual, se refiere que la administración con oficio del 30 de abril de 2015 no acepta el condicionamiento efectuado basado en la imposibilidad legal a los funcionarios de la asunción de dos nombramiento simultáneos percibiendo dos salarios a cargo de Estado.

Se manifiesta que el 5 de junio de 2015 la trabajadora informa a la Secretaria de Salud, la falta de respuesta al nombramiento en el cargo de técnico en el área de salud y solicitó su traslado a un cargo donde le asignen las funciones que venía realizando.

Posteriormente, conforme el memorando No. 0442 del 19 de agosto de 2015 titulado "Normalización de su situación laboral" el Secretario General de la Gobernación de Casanare le solicitó a la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ, que en razón a que se encuentra laborando fuera de la sede administrativa y funcional de la administración central de Yopal, presentarse en la Secretaria de Salud Departamental a partir del 1 de septiembre 2015, fecha en la cual la demandante presenta solicitud de postergación aduciendo ser madre cabeza de familia, tener un hijo con inconvenientes de salud, entre otras razones. Sin embargo, el Secretario de Salud conforme Resolución No. 0016 dispuso nuevamente la reubicación de la demandada en la Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaria de Salud de Casanare, acto administrativo que sostuvo, fue debidamente notificado.

Pese a lo anterior y los constantes requerimientos de la normalización de su situación laboral, sostiene la parte actora que la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ se ha negado argumentando las mencionadas situaciones familiares y su especial condición de aforada sindical, situación que dio origen al inicio de la acción disciplinaria, la cual indicó, sustenta la solicitud de levantamiento de fuero.

Luego preciso que el proceso disciplinario tuvo origen en la queja presentada por la Directora Administrativa de la Secretaria Departamento, informando que la demandada no se presentó a laborar durante varios días del mes de agosto de 2017, a continuación, expuso las diferentes etapas procesales surtidas al interior del proceso disciplinario, que sostuvo otorgó todas las garantías propias de los derechos de contradicción y defensa, el cual surtido en primera instancia dio lugar a que el 1 de agosto de 2018 la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Casanare encontrara responsable a ELIBED MARIÑO SANCHEZ de la comisión de la falta gravísima establecida en el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el Decreto 1950 de 1973, por el abandono injustificado del cargo a título de dolo, e impuso como sanción la destitución e inhabilidad por el término de 13 años, decisión que según indico, fue notificada a la demandada el 10 de agosto de 2018.

El 6 de septiembre de 2018 ELIBED MARIÑO SANCHEZ solicitó la revocatoria directa del auto de fecha 18 de abril de 2018 mediante el cual se ordenó la investigación disciplinaria, solicitud que la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Casanare el 14 de agosto de 2018 inadmitió por la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 126 de la Ley 734 de 2002.

Con escrito del 15 de agosto de 2018 la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ apeló la decisión de primera instancia, recurso que fue concedido conforme auto del 22 de agosto de 2018. Posteriormente, el 21 de septiembre de 2018 el Despacho del Gobernador de Casanare mediante fallo de segunda instancia confirmó en todas sus partes la determinación de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Casanare, determinación que se notificó a la demandada el 31 de octubre de 2018.

Se indica que con auto de fecha 24 de octubre de 2018 la Oficina de Control Interno disciplinario del Departamento de Casanare, inadmite la solicitud de revocatoria directa de la demandante de fecha 6 de septiembre de 2018 por considerar la falta de agotamiento de los

recursos ordinarios para controvertir las decisiones de la administración y agotar la vía gubernativa.

Finalmente, destaca que conforme la certificación de fecha 16 de junio de 2018 suscrita por el Secretario General de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia "ANTHOC DEPARTAMENTAL CASANARE", la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ es afiliada activa de la organización, desempeñándose como miembro principal de quejas y reglamos.

2.- ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante providencia del 27 de noviembre de 2018 la juez de conocimiento dispuso, entre otras determinaciones, admitir la demanda especial de levantamiento de fuero sindical instaurada por el DEPARTAMENTO DEL CASANARE en contra de ELIBED MARIÑO SANCHEZ, disponiendo la notificación personal de esta última, por el medio más expedito a la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia "ANTHOC DEPARTAMENTAL CASANARE", correr traslado de la demanda a la parte pasiva y la organización sindical por el término de 5 días posterior a su notificación. (Fl. 25)

El día 11 de marzo de 2019 se efectuó la notificación al Vicepresidente y al Secretario General de Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia "ANTHOC DEPARTAMENTAL CASANARE". (Fl. 26)

Mediante auto del 8 de agosto de 2019 el juzgado de instancia autorizó llevar a cabo la práctica del aviso, requiriendo al Departamento impuse la misma para la notificación de la demanda. (Fl. 117)

Posteriormente, el 19 de diciembre de 2019 el A quo dispuso tener por notificada por conducta concluyente a la demandada ELIBED MARIÑO SANCHEZ de la demanda y del auto admisorio, a partir del 4 de octubre de 2019, por cuanto "...a folios 88 y 97 del expediente reposan dos escritos signados por la demandada ELIBED MARIÑO SANCHEZ que menciona de manera expresa el proceso y señala que lo conoce y que se notificara personalmente de él una vez supere problemas de salud que la aquejan, sin que hasta la fecha haya acudido al expediente, esta funcionaria dará aplicación a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 301 del CGP y tendrá a la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ

notificada por conducta concluyente y del auto que la admitió, a partir del 4 de octubre de 2019, fecha en la que presentó el primer escrito haciendo referencia a la demanda y la suspensión de los términos del auto admisorio de ella", fijando fecha para realizar la audiencia establecida en el artículo 114 del CPTSS. (Fl. 104)

Con auto del 30 de enero de 2020, ante la constancia e incapacidad médica allegada por la parte demandada, el juez de instancia dispuso reprogramar la fecha de la diligencia para el 7 de febrero de 2020 (Fl. 117), sin embargo, nuevamente se imposibilitó su realización por solicitud de la apoderada del Departamento, ocasionando que, con proveído del 6 de febrero de 2020, se estableciera el 10 de marzo de 2020 (Fl. 122), llegada la fecha mencionada, en audiencia se dispuso, entre otras determinaciones, suspender el proceso hasta el 9 de junio de 2020 conforme el artículo 161 del CGP. (Fl. 129)

Conforme auto del diecisiete (17) de septiembre del año dos mil veinte (2020) el juzgado de conocimiento reanuda el proceso y fijó fecha para audiencia de que trata el artículo 114 del CPTSS el día diecinueve (19) de octubre dos mil veinte (2020) a las ocho de la mañana (08:00 a.m.).

3. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

3.1. Al contestar la demanda en audiencia llevada a cabo el 19 de octubre de 2020, por intermedio de su apoderado, la demandada indicó frente a los hechos: con relación al número 1 indicó que el mismo era un título o denominación de hecho, aceptó como ciertos el hecho 1.1, 1.2, 1.3, 1.5, 1.7, 1.8, 1.9, 1.11, 1.14 conforme a las pruebas obrantes, indicó ser parcialmente cierto el hecho 1.4, 1.12 y 1.13, señaló no ser ciertos el 1.6, 1.15 y 1.16, frente al hecho 1.10 aclaró que la respuesta se efectuó al sindicato no a la demandante. Igualmente, sostuvo que el numeral 2 era un título de un hecho y consideró como no ciertos y no constarle los hechos subsiguientes, por cuanto en su juicio contienen fundamentos o conclusiones jurídicas. Con relación al hecho 3 igualmente, lo catalogó como un título, sin constarle la situación expuesta por cuanto la certificación no fue allegada, y que indicó se podrá verificar con el representante del sindicato o su apoderado.

A continuación se opuso a las pretensiones, por cuanto aseguró no existe prueba acerca de las circunstancias que dieron origen al despido así como su justa causa, igualmente, debido a que la demandada presentó en su oportunidad descargos y demostró no haber incumplido sus obligaciones laborales, siendo imprecisos los fundamentos del Departamento con los que pretende para romper la relación laboral, adicionalmente, afirmó que no existe justa causa

comprobada para dar fin a la relación laboral y generar el levantamiento del fuero de la demandada, sin que además, sea procedente la condena en costas.

Luego se pronunció respecto a la fundamentación jurídica de la demanda, los cuales catálogo de débiles y sostuvo que el demandante no dio claridad acerca de los motivos razonables de los fundamentos fáctico que originaron la supuesta justa causa, sin que se indique cómo debe ser calificada dicha justa causa, o las circunstancias que habiliten el despedir a la demandante.

Posteriormente, se pronunció respecto a los medios de prueba, manifestando su rechazo al proceso disciplinario allegado ya que al momento del traslado de la demanda no se entregó la copia legible del mismo, sin que se alleguen otros medios de prueba.

A su turno, expuso los fundamentos de hecho base de las posteriores excepciones de fondo haciendo un recuento de las diferentes de vinculación de la demandada:

En relación con su situación laboral manifestó inicialmente que la señora ELIBED MARINO SANCHEZ a través de la Resolución 2077 del 26 de noviembre de 1990 fue vinculada a la Secretaría de Salud de Casanare en calidad de aseoadora siendo asignada al centro de salud de Maní, que posteriormente, en el año de 1996 fue nombrada en provisionalidad con Resolución 110 al cargo de servicio generales, además, manifestó que a conforme de la Resolución 378 del 19 de marzo de 1997 la Gobernación de Casanare se inició el primer traslado de la demanda al municipio de Monterrey, incorporándola en provisionalidad en el cargo de auxiliar, quien indicó, se afilió al sindicato el en el año 1999.

Relató que la demandada el 1 de septiembre de 1999 la Gobernación de Casanare incorporó a la demandante en provisionalidad en el cargo de operaria de servicios generales en el Centro de Salud de Monterrey, situación que se ratificó posteriormente con oficio No. 016746 del 27 de diciembre de 2002 se ratificó su permanencia en el cargo. Además indicó que la demandada solicitó vacaciones en el año 2003 producto de amenazas en su contra.

Aduce que conforme al Decreto 0147 del 1 de noviembre de 2006 fue incorporada la demandada en el cargo de auxiliar de servicios generales nivel asistencial a órdenes de la Secretaría de salud del Departamento, en un cargo de carrera administrativa. Que fue mediante la Resolución 020 o 0248 del 12 de marzo de 2007 que se dispuso por parte de la administración su reubicación, naciendo un segundo traslado de la demandada de Monterrey a la planta de personal de salud de la Secretaría de Salud con sede en Yopal, específicamente, a la Dirección

Administrativa y Financiera, por cuanto sostuvo, la prestación de los servicios en el Centro de Salud de Monterrey estaba siendo a cargo de Red de salud Casanare, conforme el Decreto 022 de 2002.

En este orden, manifestó que la demanda oficio al Departamento el 10 de mayo de 2007 para que contemplara la posibilidad de su reubicación en el municipio de Monterrey, recibiendo respuesta el 11 de mayo 2007 en la cual se le indica que, mientras se decide su situación administrativa debía prestar apoyo a los técnicos del área de salud que se desempeña en el municipio de Monterrey, situación que considero, suspendió por parte de la Gobernación de Casanare los efectos de la Resolución 0228 del 12 marzo de 2007.

Así mismo, expuso que con fecha 22 de mayo del 2007 la Gobernación de Casanare comunicó al Sindicato sobre la determinación de aplazar los efectos del segundo traslado del segundo traslado, hasta tanto la demandada termine sus estudios como técnico profesional en agua potable y saneamiento básico, lo que en su sentir, equivalía al no uso de los efectos del decreto de traslado de Monterrey a Yopal, y su reiterando su permanencia en el Centro de salud de Monterrey.

Señaló que con oficio del 20 de noviembre de 2008 y 20 de enero de 2009 la demandada solicitó al Departamento su designación en propiedad en el cargo de técnico en salud, por cuanto venía ejecutando esas funciones en el Centro de salud de Monterrey, mientras pertenencia vinculada a servicios generales con el Departamento, sin embargo, este le señaló con oficio 05820 del 1 de abril de 2009 le comunicó que debía cumplirse su reubicación en la ciudad de Yopal, y que no era posible su inscripción extraordinaria a la carrera administrativa debido a la diferencia de sedes.

La demandada con fecha 20 de abril de 2009 a través del sindicato se presentó memorial denominado recurso de reposición para el traslado del servidor público con fuero sindical, pues indicó que la ésta fue elegida como tesorera desde el 12 de febrero 2008, frente al cual refirió, se emitió respuesta con la oficio con fecha 21 de abril de 2009, reiterando que la demandada debía restablecerse en su cargo de la ciudad de Yopal, determinación que aseguró, sólo le fue notificada a la misma el 13 de mayo de 2009, en la cual además se le negaba la posibilidad de la inscripción extraordinaria a carrera administrativa conforme a la circular externa 10003 del 25 de febrero de 2009, disfrazado en su sentir, indirectamente una ratificación del segundo traslado.

Explicó que con fecha 3 de junio del 2009 el Director Administrativo y Financiero le comunicó a la demandada que se debía trasladar a la oficina de radio ubicada en Yopal, como si ella estuviese allí prestando servicios, indicó que dicha comunicación no fue notificado a la demandada en forma directa, agrego que, conforme al oficio de fecha 24 de septiembre de 2009 el Director Administrativo y Financiero de la Secretaría de Salud Departamental notifico a la demandada la redistribución de funciones, que afirmó, le fueron notificadas el 28 de septiembre de 2009, redistribución de funciones que aseguró, venia cumpliendo en Monterrey.

Manifestó que con oficio 1025 del 15 octubre 2009 el Director de Talento Humano indica que por orden del Gobernador la hoja de vida de la demandada se había excluido de la posibilidad de ingresar a carrera administrativa.

Relató que con oficio No. 950-2704 del 25 de marzo de 2010 se reubico a la demandante por tercera vez en la localidad de Monterrey, lugar en el cual afirmó, siempre ha prestado sus servicios. Sin embargo, afirmó que en el año 2012 tuvo que regresar a laborar a Yopal, regresando en el año 2013 a Monterrey configurándose un cuarto traslado, pero que estando allí recibió menosprecio por parte de sus compañeros, situación que comunico a la Secretaria de Salud conforme memorial No. 3129 del 11 de septiembre de 2013.

Refirió que, para el 28 de enero 2015 se le comunicó a la demandada el memorando No. 028 respecto a la posibilidad de desempeñar un cargo en provisionalidad por el término de 6 meses, frente al cual la señora ELIBED MARINO SANCHEZ comunicó su negativa en aceptarlo, por cuanto para ello debería renunciar a su cargo, frente al particular, indicó que con oficio del 24 febrero 2015 la Secretaría del Departamento de Casanare le comunico que efectuaron consulta ante la Comisión Nacional de Servicio Civil, entidad que a su vez, manifestó que mientras el proceso de selección para poder proveer los cargos en carrera el nominador discrecionalmente nombrar en provisionalidad a quien cumpla los requisitos para el mismo.

Pese a lo anterior, se mencionó que con oficio No. 950 del 8 de abril de 2015 la Gobernación de Casanare le comunico al sindicato la imposibilidad de aceptar las condiciones de la demandada, ya que aseguro, la Ley no le permite a ningún funcionario la asunción de dos nombramientos simultáneas en cargos diferentes, motivo por el cual, la demandada el 5 de junio de 2015 solicitó al Departamento efectúe su nombramiento en el cargo de técnico en el área de salud, petición al cual, el Departamento se negó.

Aseguró haber recibido el 19 agosto 2015 del memorando 0442, efectuándose un cuarto traslado, en la cual el Secretario General de la Gobernación le comunicó a la demandada que para normalizar su situación laboral debía radicarse en el municipio de Yopal, quien se presentó el 1 de septiembre 2015, fecha en la cual además, radicó ante la Secretaría de Salud Departamental oficio explicando los motivos por los cuales no era posible trasladarse en Monterrey de Yopal, entre otros, por contar con un hijo menor en edad escolar con problemas de salud.

Manifestó que, con posterioridad el 18 enero 2016 el Director Administrativo, casi 5 meses después, conforme a la Resolución 016 del 15 de enero 2016, emitió respuesta al anterior oficio manifestando a la demandada, que debía permanecer en el centro de salud de Monterrey, originándose el quinto traslado, situación que además dio lugar al inicio del primer proceso disciplinario y en simultanea ordinario laboral de levantamiento de fuero sindical No. 2015-670 que conoció el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal, manteniendo su ubicación o su domicilio contractual en el municipio de Monterrey en atención a la resolución en mención.

Seguidamente manifestó, que la demandada al sentirse vulnerada presentó denuncia por acoso laboral ante el Comité de Convivencia Laboral del departamento con oficio No. 1921 del 2016, sin embargo, menciona que dicha entidad así como también la oficina Territorial de Trabajo emiten se limitaron a emitir respuestas evasivas.

Paralelamente al proceso laboral 2015-670, la demandada presentó acción de tutela número 216-1051 ante la Corte Suprema de Justicia, igualmente, manifestó que el 13 octubre del 2016 el sindicato también presentó una acción de tutela contra la Gobernación y que conoció el juzgado segundo laboral discute Yopal. Insistió en que pese a lo anterior la demandada siempre se ha encontrado laborando en el municipio de Monterrey.

Propuso como excepciones de mérito las que llamo "1. *inexistencia de los motivos que originan la justa causa para el despido del trabajador*", "2. *falta de prueba que amerite que el supuesto abandono fue injustificado*", "3. *las condiciones que dieron origen al supuesto abandono del cargo ya están superadas, pues al interior del proceso disciplinario no se valoró en debida forma la situación de la demandada, evidenciando acoso en su contra*", "4. *el Departamento no agoto los requisitos legales y sustanciales para el traslado de un trabajador aforado, ya que en los 5 traslados existentes no medio el permiso del juez laboral*", "5. *el demandante realiza una interpretación errónea del artículo 72 del CST, pues no demostró la existencia de una justa causa*", "6. *Ausencia de causa para despedir al trabajador*", "7. *falta de material*

probatorio que demuestre el abandono para despedir al trabajador", "8. Mala fe del empleador", "9. Buena fe del trabajador", "10. Indubio pro operario".

3.2 El apoderado de ANTHOC (01.29.00) contestó la demanda, pronunciándose sobre los hechos de la demanda considerando como ciertos los numerales 1.1, 1.2, 1.3, 1.5, 1.6, 1.7, 1.12, 1.13 y 1.14 conforme a los documentos obrantes en el expediente, ser parcialmente cierto el numeral 1.4 en razón a que conforme a la reforma a la administración de salud de Departamento de Casanare si bien es cierto se creó RED SALUD CASANARE como ente encargado del servicio de salud de departamento, tal como lo indica la demandante, la ESE de Monterey paso a ser parte de la citada red, pero advirtió que ésta permitió que la aforada continuara prestando sus servicios allí, no constarle los hechos 1.8, 1.9, 1.10, 1.11, 1.15 y 1.16 debiéndose probar por parte de la demandante; frente a los hecho del numeral 2 consideró que los mismo no se presentaron en el desarrollo de la jornada laboral normal, sino de actuaciones administrativas con las cuales el Departamento de Casanare pretende determinar la justa causa para poder solicitar el levantamiento del fuero sindical, no obstante, manifestó que los supuestos allí enunciados del numeral 2.1 al 2.22 si ocurrieron al interior del proceso disciplinario conforme las pruebas anexadas, indicando que el numeral 2.23 es una apreciación del apoderado de la demandante; respecto al acápite 3 de los hechos, considero como cierto el numeral 3.1 conforme la prueba que aporta, esto es, la certificación expedida por el sindicato y los demás documentos expedidos por el representante de la organización sindical.

A continuación, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no existe justa causa para efectuar el levantamiento del fuero sindical a la señora ELIBED MARINO SANCHEZ dado a que previo su traslado y antes de inicio de la acción disciplinario, se debió contar acudir a las formas propias de cada juicio respetando el debido proceso y las garantías mínimas al trabajador como el libre ejercicio de la asociación sindical, el cual sostuvo, hacia imperativo al momento de efectuar el traslado por parte del patrono acudir al juez laboral a fin de verificar la justa causa para el mismo, el cual aseguró no existir en el presente caso resultando irregular. Igualmente, señalo que si bien existe juicio disciplinario con su correspondiente sanción, afirmó que el motivo de la declaratoria del abandono del cargo es injustificado por cuanto reitero, al ser aforada la demandada se debió agotar el trámite ante el juez laboral para agotar su traslado, por lo que, sostuvo no existió justa causa para despedirla. Por lo anterior, solicito ordenar a la administración retrotraer la actuación hasta que solicite la convalidación de la justa causa para ser sometida al traslado.

Además, propuso como excepción previa: *a. Prescripción de la acción*, porque en su sentir conforme el artículo 118A del CPT y SS el término de dos meses para incoar la acción debe contabilizarse desde el momento en que el Departamento de Casanare tuvo conocimiento del hecho que pretende hacer valer como justa causa, esto es a partir de la expedición del Decreto 024 de 2002, mediante la cual se creó la Unidad Administrativa Especial, hoy RED SALUD CASANARE, incluso con la Resolución 0016 del 15 de enero de 2016, e insistió en que el traslado de la aforada demandante debió ser autorizado previamente por el juez laboral, sin que pueda tener en cuenta la interpretación efectuada por el demandante, quien manifestó que la fecha de contabilización del término de prescripción es la ejecutoria del término de segunda instancia, frente al particular trajo a colación la sentencia T-249 de 2008, y concluyó que la acción estaba prescrita.

A continuación, propuso como excepciones de mérito la que título “*Falta de causa o fundamento legal de la demanda para alegar justa causa*”, frente al particular luego de citar el artículo 405 y 406 del CST y la sentencia C-381 de 2000, aseguró que la demandante ha incumplido la normas descritas, por cuanto si bien existe un juicio disciplinario el cual termino sancionando a la trabajadora, sostuvo que el motivo de la declaratoria del abandono de cargo es injustificada, pues consideró que, para efectuar el traslado de un municipio diferente al que desarrollaba sus labores, debía mediar autorización del juez del trabajo.

III. EL FALLO APELADO

El juez de instancia, en audiencia celebrada el 26 de octubre de 2020, entre otras determinaciones, dispuso levantar el fuero sindical del cual gozaba la demanda ELIBED MARIÑO SANCHEZ, declarando que existe la justa causa alegada por el accionante para acceder a conceder el permiso para su destitución, otorgando el permiso al Departamento de Casanare para despedir a la demandada.

Lo anterior, con sustento en que, en primer lugar, fijó el problema jurídico en determinar i) si la trabajadora demandada, para la época de ocurrencia de los hechos y la interposición de la demanda, ostentaba la calidad de aforada, bajo los parámetros establecidos en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo y ii) si existe una justa causa para la desvinculación de la trabajadora que consecuentemente de lugar al levantamiento de su fuero sindical en los términos establecidos en el artículo 410 del CST, iii) resolviendo el último lugar lo relacionado a la excepción de prescripción.

A continuación, en forma preliminar la señora Juez de primera instancia dejó sentado que el centro del debate residía exclusivamente sobre el levantamiento del fuero sindical que solicita el Departamento de Casanare para proceder con la desvinculación de la demandada, en atención a su condición de aforada, en este orden indico que, no le era posible entrar a establecer si la reubicación realizada en el año 2016, y materializado hasta el 28 de junio de 2017, debía o no contar con el permiso previo del Juez laboral, debido a que dicha situación debió ser controvertida por la interesada haciendo uso de la acción contemplada en el artículo 118 del Código Sustantivo del Trabajo o a través de las acciones contenciosas ante la jurisdicción administrativa dado que tal acto administrativo goza de presunción de legalidad, se encuentra en firme y no fue controvertido oportunamente por aquellas personas que pudiesen tener interés en él, resolviendo el presente proceso en el ejercicio del empleador de la acción prevista en el artículo 113 del CST.

Luego, el juez de primera instancia centro su atención en el fuero sindical del trabajador, el cual expuso indicando que las protecciones de él se derivan, radican en la prohibición de su despido, salvo que se presenten casos calificados como falta grave en que incurra el trabajador aforado, pudiéndose establecer medidas preventiva, tales como obtener, en forma previa a la terminación del contrato de trabajo, autorización por parte del órgano judicial para proceder de tal manera, pero aclarando que en estos eventos, la carga de demostrar la existencia de la falta grave, de que el trabajador aforado incurrió en ella, y que la medida no es un acto de discriminación sindical, sino que tiene relación con situaciones diferentes a la actividad sindical, le corresponde exclusivamente al empleador. En este punto, determinó que la demandada ELIBED MARINÓ SANCHEZ ostentaba la calidad de aforada durante el trámite del proceso disciplinario, conforme se extraía de la certificación expedida el 16 de junio de 2018 por parte del Secretario General de ANTHOC, los documentos aportados por el sindicato así como los estatutos del mismo.

En lo relacionado con la justa causa, luego de traer colación el Decreto 1572 de 1998, apartes de la sentencia de la Corte Constitucional T-1334 de 2001, T-1334 de 10-dic-2001, el Decreto Ley 760 de 2005, el Decreto Ley 2400 de 1968 modificado por el D.L. 3074 de 1968, el D.R 1950 de 1973, el Art. 37 de la Ley 443/98, el Art. 41 de la Ley 909 del 23-sep-2004, y de cuestionarse sobre cuáles de las causas para dar lugar a la autorización de desvinculación de un empleado público podían ser consideradas como justas en la definición de un proceso de fuero sindical de un empleado público, manifestó que solo aquellas conductas que puedan ser consideradas o atribuidas al servidor, como producto de un desarrollo irregular de su relación legal y reglamentaria.

En este orden, efectuó el recuento de los hechos principales del proceso disciplinario adelantado en contra de la demanda ELIBED MARINO SANCHEZ y concluyó que, el mismo se desarrolló con total sujeción a lo establecido en la Ley 734 de 2002 con garantía del derecho al debido proceso, contradicción y defensa, contando con las etapas procesales necesarias para exponer sus argumentos y hacer valer las pruebas que consideró necesarias.

Respecto a las causas del proceso disciplinario, consistente en el abandono injustificado del cargo por más de tres días, entre el 22 al 25 de agosto de 2017, disposición que se catalogó como falta gravísima, tipificada como tal en el artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002, señalando que para el caso en concreto del expediente disciplinario e incluso de la declaración de parte rendida por la demanda en este proceso, no cabe duda alguna que efectivamente existió la comisión de la falta disciplinaria que se le indilga a la disciplinada, encontrándose probado que la demandada tenía pleno conocimiento de que su lugar de trabajo se encontraba en el Centro Regulator de Urgencias CRUE en YOPAL, en donde incluso laboró algunos días y, posteriormente, sin justificación alguna decidió no asistir y dirigirse a adelantar labores, que su empleador no le había encomendado, al municipio de Monterrey, aduciendo que lo hizo por asesoramiento de su abogado, tal como lo indicó en esta audiencia, situación que constituye una confesión a la luz de lo previsto en el artículo 191 del código general del proceso. Aclaro la juzgadora que en caso de que la demandada hubiese considerado que su reubicación laboral no se encontraba ajustada a la Ley debió haber controvertido el acto administrativo de reubicación a través de las acciones contenciosas a las que tenía acceso o acudir a la acción prevista en el artículo 118 del CPTSS, haciendo valer su condición de aforada.

Por lo anterior, en su sentir, ante abandono injustificado del cargo de la demandada, calificado por la Ley como falta gravísima, el cual que deviene en la destitución a la luz de lo previsto en el artículo 44 de la Ley 734 del 2002, sostuvo, que no le queda otro camino que declarar justa la causa que el Departamento de Casanare alega para solicitar el levantamiento del fuero sindical de la demandada para proceder a su desvinculación, insistiendo en que el proceso disciplinario que se adelantó en su contra se adelantó con sujeción a la Ley y respetando todas las garantías procesales de la disciplinada.

Finalmente, en lo relacionado con la excepción de prescripción, indico al no tratarse el presente proceso sobre la reubicación de la demandada sino respecto de su desvinculación, el punto de partida para contabilizar el término prescriptivo el acto administrativo por el cual se dispuso la desvinculación de la trabajadora, el cual no es otro que el fallo de segunda instancia, calendado del 21 de septiembre del 2018 y notificado a la disciplinada personalmente el 31 de

octubre de 2018, contando la administración departamental con un término de a partir de dicha época para incoar la acción de levantamiento de fuero sindical prevista en el artículo 113 del CPTSS, en este orden dado a que la demanda fue interpuesta el 19 de noviembre del 2018, concluyo que la acción fue ejercida dentro del término legal.

IV. LA APELACIÓN.

4.1 Inconforme con lo decidido, el apoderado de la parte pasiva ELIBED MARIÑO SANCHEZ fincó su desacuerdo en primer lugar sostuvo que existió al interior del fallo de primera instancia la tergiversación en la valoración probatoria, por cuanto manifestó que el levantamiento del fuero sindical se basó únicamente en un proceso disciplinario, sin embargo, sostuvo que a la demandada nunca se le notificó de algún proceso o acto administrativo en particular que declarará vacante su puesto de trabajo, explicó que, en este caso el Departamento de Casanare en calidad de nominador nunca demostró que efectivamente la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ abandonó en forma injustificada el puesto de trabajo.

Adicionalmente, afirmó que se encuentra demostrado que la demandada continuó prestando sus servicios para la época en que la juez de primera instancia indicó que la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ injustificadamente no se presentó a laborar después del memorando 041 del 21 junio del 2016, sin que además, la confesión de la demanda y la declaración de parte constituyan una camisa de fuerza, la cual señalo podía ser infirmada con otros medios de prueba, en este orden, sostuvo que mal podría pensarse en una causal de abandono del cargo por un previo proceso disciplinario, pues señaló que la administración pública cuenta con herramientas previas en su carácter de nominador para designar a otro funcionario en reemplazó de quien abandonó el cargo, situación que no fue demostrada en el presente caso.

Insistió en que la demandada continuó prestando sus servicios, recibiendo órdenes, percibiendo su salario, incluso señalo que aún se encuentra vinculada con el Departamento de Casanare, por lo que no se generó una declaratoria de vacancia por abandono del cargo de la demandada, sin que además ésta hubiese generado un traumatismo en la prestación del servicio, situación que no probó la demandante, sin que la administración puede vulnerar derechos de fuero sindical con un proceso disciplinario como si fuera la prueba reina para efectuar el levantamiento del fuero de la demandada, que insistió, nunca fue sustituida por otra persona mediante un acto administrativo, situaciones que lo llevan a concluir que el abandono injustificado no se encuentra demostrado.

Adicionalmente sostuvo que, en la facultad del ius variandi del nominador no es absoluta, por lo tanto, deben respetarse los derechos mínimos del trabajador, agregando que, cuándo se dio origen a la resolución con la cual se efectuó el traslado y que para la señora jueza es vinculante por cuanto no ha sido declarada nula, en su sentir, la misma no cuenta con el permiso previo del juez laboral conforme el artículo 408 del CST, por lo tanto, violó garantías constitucionales del trabajador, más aun derivado de su calidad de aforado se imponía la observación de los límites establecidos en los artículos 38 y 39 Constitución Política y el artículo 405 y 406 del CST.

Se queja el apelante que al el fallo se basa únicamente en el fallo disciplinario, consideró que el mismo no se constituye en la única prueba en el proceso, sin que pueda con la misma llegarse a la conclusión que la demandada indebidamente o injustificadamente se sustrajo de su cargo, en este orden argumento que ésta presento descargos y peticiones que no fueron resueltas y por el contrario, le fueron dilatadas en el tiempo para dar al traste con el presente proceso vulnerando sus derechos.

4.2.- Entre tanto, el apoderado del sindicato, considero que la decisión de primera instancia no es de recibo por cuanto, si bien es cierto se determinó que la demandante ostentaba el fuero sindical para la fecha de los hechos, debía dársele aplicación a los artículo 38 y 39 de la Constitución Política junto con el 405 y 406 del CST, debiendo solicitar la parte demandante permiso del juez laboral para destituir o trasladar a la demandada.

Sostuvo igualmente, que si bien es cierto existe fallo de proceso disciplinario, el mismo no se encuentra en firme pudiendo solicitarse su nulidad ante el juez contencioso administrativo, sin que puedan considerar el fallo disciplinario como único medio de prueba para que se autorice el levantamiento del fuero y su consecuente despido. Sostuvo en que no existe justa causa para levantar el fuero a la demanda, pues insiste en que previo al traslado o reubicación se tenía que solicitar la autorización al juez laboral, observando las formas propias de cada juicio, situación que no fue probada, inobservando el respetando al debido proceso, el derecho al trabajo y el fuero sindical.

V. CONSIDERACIONES

5.1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 66 del C.P.T y la SS es competente esta Sala para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en tanto se trata de una sentencia de primera instancia susceptible del recurso de alzada, adicionalmente, por expresa disposición del artículo 117 del CPT y SS, modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001.

5.2.- Conforme el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, el fuero sindical se define como la "garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo".

En consecuencia, las acciones derivadas del mismo tienen como fundamento sustancial en dos vías, por un lado, dotar de la garantía de estabilidad laboral en favor del trabajador, y por el otro, la obligación a cargo del empleador de solicitar al juez de trabajo la calificación de la justa causa para despedir, desmejorar o trasladar a los trabajadores que gozan del fuero. La regulación especial de esta clase de procesos, bien de levantamiento o traslado del trabajador con fuero sindical, obedece a que el propio legislador ha querido que, por las materias allí tratadas, se tramiten en forma sencilla y breve a fin de garantizar los propósitos de la norma sustancial.

Además de establecerse procesos abreviados, se redujo el término para las interposición de las acciones que emanan del fuero sindical, en este sentido el término de la prescripción para su ejercicio se limita a dos (2) meses, que para el trabajador se contabiliza desde la fecha de despido, traslado o desmejora, mientras que, para el empleador se cuenta desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso (Artículo 118-A CPT y SS).

Al leerse detenidamente la norma en cita, fácil emerge la doble garantía sustancial, vías que configuradas por alguno de los extremos de la relación laboral habilitan a su contraparte a ejercer la acción correspondiente, bien el trabajador aforado quien vio desmejorado su situación laboral producto del despido, traslado o desmejora injusta, o por parte del empleador desde el instante en que conoció la justa causa o al finiquito del procedimiento correspondiente.

Dicho en otras palabras, si bien es obligación del empleador entrándose de trabajadores aforados contar con la autorización de juez laboral para efectuar su despido, traslado o desmejora, en caso de su incumplimiento, el ordenamiento jurídico no desampara al trabajador, pues le garantiza el demandar la observancia del anterior deber.

Al respecto, en el caso sujeto a examen visto el plenario en efecto, no obra autorización por parte del juez laboral del traslado de la demandada ELIBET MARIÑO SANCHEZ del Municipio de Monterey a Yopal, efectuado conforme a la Resolución 020-0248 del 12 de marzo de 2007, sin embargo, conforme también quedó establecido y se debatió *in extenso* en la primera instancia, la

parte demandada aun contando con la acción correspondiente nada dijo sobre el particular, es decir, permaneció inerte, establecer como reparo por los apelantes la falta de autorización del juez laboral, cuando la parte demandada contó con la posibilidad de efectuar el respectivo control en forma oportuna no deja de ser ahora desafortunada, y es que debe recordarse, nadie puede alegar su propia culpa en su favor (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), por lo tanto, no le es dable al juez amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe, y es que aun cuando no es objeto del presente proceso, en el presente caso verificado está, que el término de la acción de la que disponía la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ feneció ya hace tiempo.

5.3.- Ahora bien, la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta a la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ por parte de la Oficina de Control Interno en primera instancia, y su ratificación por parte del Gobernador de Casanare, no relevaban a la demandante en forma alguna de solicitar el permiso para efectuar la separación definitiva del cargo a la demandada, pues el trámite y decisión administrativa si bien puede hacerse valer como prueba, en forma alguna suplen el trámite especial en el ordenamiento para ello. Frente al particular la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 23 de junio de 2006, radicación 2005 00096 01 menciona:

"En efecto el retiro del empleo en tratándose de un servidor público con fuero sindical, aun en presencia de una sanción disciplinaria de destitución, necesariamente debe estar precedida de la ocurrencia de una justa causa, previamente calificada y examinada por el juez de trabajo, lo cual indica que el nominador antes de cumplir con la decisión administrativa y con base en esa misma providencia que se adoptó frente al disciplinado, debe obtener la sentencia judicial que levante el fuero a ese servidor y por ende autorice su desvinculación. En el contexto anterior, la destitución y efectivización de la sanción disciplinaria impuesta por el organismo de control en el marco de sus competencias frente a un servidor público con fuero sindical, debe estar supeditada a que la entidad estatal adelante el correspondiente proceso de permiso para despedir ante la jurisdicción laboral"

Siguiendo los argumentos expuestos, el razonamiento del apoderado de la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ relacionado con que la demandante no hubiese efectuado la provisión del cargo ante la prestación de sus servicios, el obedecimiento de órdenes, la remuneración del salario, incluso la falta de declaratoria de vacancia por abandono del cargo de la demandada hubiese sido efectuada por la administración o la falta de evidencia del traumatismo en la prestación del servicio, no son de recibo para justificar que por lo mismo no ha existido abandono del cargo, pues la justa causa que argumenta la demandante y que constató la primera instancia,

se originó en los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2017 los cuales, a su turno, dieron origen a la actuación disciplinaria que devino en la imposición de las sanciones en primera instancia y que se ratificaron producto de la apelación al mismo, pues se reitera, es solo a partir de la sentencia judicial proferida por el juez laboral, que levante el fuero al trabajador sindicalizado, que se autoriza su desvinculación.

5.4.- Finalmente, respecto al reparo relacionado con la tergiversación o indebida valoración probatoria, que fundó el apoderado de la señora ELIBED MARIÑO SANCHEZ argumentando que la determinación del levantamiento del fuero sindical se basó únicamente en un proceso disciplinario y la confesión de la demandada la cual señaló podía ser infirmada con otros medios de prueba, debe indicarse que el actual sistema de valoración probatoria se rigen por los principios, entre otros, de necesidad (toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso), concentración (las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos), debiendo las partes en todo caso, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Además, debe señalarse que análisis en segunda instancia se limita a los reparos concretos que el quejoso le impute a la sentencia de primer grado, por ello se pasó de una vista panorámica a una de casi francotirador, que exige del recurrente indicar no sólo su inconformismo, sino que efectué además una explicación más precisa y en detalle, para el caso en particular indicando por ejemplo qué aspectos de las pruebas fueron omitidas, adicionadas, inventadas etc., no basta con que se indique que existió tergiversación en las pruebas.

En este orden, pese a que el apoderado de la demandada no indicó qué medios de prueba restaban fuerza a la tesis del A quo, lo cierto es que pese a estar plenamente instituido el lugar de trabajo de la demandada en la ciudad de Yopal, conforme la Resolución No. 020 de 0248 del 12 de marzo de 2007, su ausencia injustificada detonante de las faltas disciplinarias que dieron origen al proceso disciplinario con los resultados ya conocidos, y examinadas los documentos y los testimonios de CESAR OSWALDO PERILLA, SAMUEL MARTÍNEZ, ANGELA SOTO MARIÑO, incluso del dicho de la demanda, no se evidencia la indebida valoración y conclusión que estableció la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR por las razones aquí expuestas la sentencia fustigada, de fecha y origen anotados, conforme lo dicho *ut supra*.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada. Fijese como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

TERCERO: Retornen las diligencias al Juzgado de origen, previo las anotaciones de rigor.

Los Magistrados,

