



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 091-2021

Radicado n° 23-555-31-89-001-2018-00310-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia del 1 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por NURLINA ISABEL MARZOLA LOBO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide en la demanda la declaración de la existencia de la relación laboral entre la accionante, como trabajadora, y

la entidad demandada, como empleadora; y, en consecuencia, se condene al ICBF a pagar a reajustes, salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales señalados en el mentado libelo genitor del proceso.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el ICBF no la contestó oportunamente.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se celebraron acorde con la ley.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de ésta, el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar, en resumen, que la actividad de madre comunitaria no configura un contrato de trabajo con el ICBF.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presente los presupuestos de eficacia y validez del proceso. Por ende, corresponde desatar de fondo

el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: i) Si la relación entre la demandante, por su actividad de madre comunitaria, y el ICBF, tipificó un contrato de trabajo; y, en caso afirmativo, (ii) la procedencia de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados con la demanda.

3. La actividad de madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF

3.1. La doctrina constitucional sentada por la Sala Plena guardiana de la carta, ha sido que, la relación entre el ICBF y las madres comunitarias no es de carácter laboral, puesto que, la misma obedece a *«un enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores»* (**Vid. Sentencias SU-224 de 1998, T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, A-186 de 2017 y SU079 de 2018, entre otros**).

El único precedente que sostuvo que sí lo era, lo fue la sentencia **T-480-2016** de la Sala Octava de Revisión, que, justamente, por contrariar la doctrina de la Sala Plena de la Corte Constitucional, ésta -la Sala Plena- declaró su nulidad, mediante **Auto 186 de 2017**.

3.2. El mentado carácter solidario y de corresponsabilidad, más no laboral, entre las madres comunitarias y el ICBF, fue reiterado de forma terminante por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia **SU079-2018**, acertadamente invocada por la A quo para sustentar la sentencia consultada.

3.3. Descendiendo los anteriores prolegómenos al caso, es evidente que el contrato de trabajo invocado entre la demandante y el ICBF, y, de contera, los rubros laborales consecuenciales, se hincan en la actividad de madre comunitaria de aquélla, razón por la cual resulta atinada la sentencia de primera instancia, que negó todo ello.

Es más, de accederse aquí a la declaración de la existencia de la relación laboral invocada, se estaría profiriendo una providencia desconocedora del precedente constitucional sentado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, lo cual es una causal de procedencia de acción de tutela contra sentencias judiciales **(Vid. Sentencias SU114-18, SU415-15, SU949-14, SU640-1998, SU168-1998 y T-022-19, entre muchos otros)**.

Lo dicho se estima suficiente para confirmar la aludida sentencia.

4. Costas

Sin costas por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 091-2021.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	2
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	2
V. CONSIDERACIONES.....	2
1. Presupuestos procesales	2
2. Problema jurídico a resolver.....	3
3. La actividad de madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF.....	3
4. Costas	4
VI. DECISIÓN	5
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	5
LOS MAGISTRADOS	5



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 096-2021

Radicación n° 23-466-31-89-001-2016-00109-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por ACCIÓN DEL CAUCA S.A., contra la sentencia de 2 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS DE JESUS RAMIREZ OSORIO en contra de ACCIÓN DEL CAUCA S.A., CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION CUC y GECELCA 3 S.A. E.S.P., y al cual fue vinculado como litisconsorte necesario CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se pide la responsabilidad solidaria de CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION CUC y GECELCA 3 S.A. E.S.P. y ACCIÓN DEL CAUCA S.A., la ineficacia del despido que la última hizo al demandante, y, como consecuencia, la indemnización por despido injusto, el pago de salarios y prestaciones desde la expiración del contrato de trabajo y hasta cuando se obtenga el permiso del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato, la indemnización del inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el pago de 2 horas de la jornada laboral previstas en el artículo 21 de la Ley 50 de 1990.

1.2. Hechos

Los hechos sustanciales de las pretensiones que interesan para las apelaciones, se sintetizan en que el actor el 27 de agosto de 2012 fue contratado por obra o labor para ACCIÓN DEL CAUCA S.A., para realizar la actividad de oficial de construcción, y ésta lo dio por terminado en forma verbal el 8 de mayo de 2013, sin dar por escrito ningún motivo, ante lo cual el actor informó que no lo podían despedir por estar en proceso de cirugía de una lesión incapacitante producto de accidente de trabajo. Que ACCIÓN DEL CAUCA S.A. no pagó las reclamaciones pedidas con la demanda. Que, con ocasión de un proyecto de generación térmica, GECELCA S.A. E.S.P. contrató a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION CUC, la que a su vez contrató a CONALVÍAS

CONSTRUCCIONES S.A.S., la que a su vez contrató a la E.S.T. ACCIÓN DEL CAUCA S.A.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por los demandados quienes se opusieron a las pretensiones de la demanda. Concretamente, ACCIÓN DEL CAUCA S.A., propuso las excepciones de mérito que denominó: *pago, buena fe y prescripción.*

2.1.1. El Juzgado, mediante auto de 28 de agosto de 2017, citó como litisconsorte necesario a CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., quien se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, buena fe, pago y prescripción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se surtieron separadamente.

2.2.1. En la primera, se declaró probada la excepción de falta de legitimación pasiva que propusieron CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION CUC y GECELCA 3 S.A. E.S.P., y, por ende, éstas demandadas fueron desvinculadas del proceso, y, consecuentemente, AXA COLPATRIA SEGUROS S. A., que había sido vinculada por llamamiento en garantía que le hiciera CHINA UNITED.

2.2.2. En la segunda, se practicaron los interrogatorios de parte al demandante y a la representante legal de ACCIÓN DEL CAUCA S.A.; y, se recibieron el testimonio de MARÍA TOMASA ROMERO QUINTERO, solicitado por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA

El a quo, a través del fallo apelado, accedió a la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del CST, y negó las demás pretensiones de la demanda, como también la responsabilidad solidaria de CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. En cuanto a lo primero, adujo que ACCIÓN DEL CAUCA no acreditó el motivo de la terminación del contrato de trabajo. En lo atinente a la solidaridad, la desestimó arguyendo que el objeto social de ACCIÓN DEL CAUCA y CONALVÍAS son diferentes. Y, en cuanto a la ineficacia del despido por razones de salud, expuso que no se acreditó que el demandante padeciera para el momento del despido, de una afectación sustancial que le impidiera realizar su labor.

III. LOS RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

El vocero judicial de la parte demandante cuestiona la sentencia en lo relacionado con la solidaridad y el no reconocimiento de su estabilidad laboral reforzada por sus condiciones de salud que lo sitúa en una situación de

debilidad manifiesta. En cuanto a lo primero, dijo que el Juzgado desatendió el concepto de solidaridad que trae el CST; y, respecto a lo otro, expuso que se desconocieron los principios constitucionales relativos a la interpretación de las fuentes formales del derecho de forma favorable al trabajador (CP, art. 53), porque, según la Corte Constitucional, la estabilidad laboral reforzada se da sin importar que exista o no definición de la PCL; el principio de primacía de la realidad, ya que el demandante sí tenía afectación de la salud al momento y antes del despido, las cuales se evidencian en la historia clínica; y el principio de no discriminación (CP, art. 13), porque es un acto de discriminación pasar por alto la realidad del estado de salud del demandante e igualmente se le desconoce la protección especial de su estado de debilidad manifiesta.

2. Apelación de Acción del Cauca S.A.

La apoderada de ACCIÓN DEL CAUSA S.A., protesta por la condena a la indemnización por despido injusto, para lo cual señala que la terminación del contrato de trabajo se dio por una causal legal y objetiva cual es la prevista en el numeral 1°, literal d), del artículo 61 del CST, atinente a la finalización de la obra o labor; y que el demandante confesó que se le había citado y que estaba trabajando cuando se le entregó la liquidación definitiva de prestaciones sociales e igualmente que se le habían pagado todos los salarios y prestaciones.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no alegaron de conclusión ante esta superioridad.

IV. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presentes los presupuestos procesales de eficacia y validez. Por tanto, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta las inconformidades del apelante frente al fallo, corresponde a la Sala determinar: **(i)** si a CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S., como empresa usuaria, le asiste la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales que le incumbe a la E.S.T. ACCIÓN DEL CAUCA S.A.; **(ii)** si el actor tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, y, por ende, al amparo que brinda el artículo 21 de la Ley 361 de 1997. En caso afirmativo; **(iii)** si hay lugar a las condenas reclamadas con la demanda. Así mismo, y, por virtud de la apelación de la demandada ACCIÓN DEL CAUCA S.A., **(iii)** si se acreditó que la terminación del contrato de trabajo fue por la finalización de la obra o labor contratada.

3. Los usuarios y las E.S.T., en principio, no son solidariamente responsables

3.1. Arguye el apoderado del demandante la desatención del concepto de solidaridad que trae el CST, al no predicarse ésta de CONALVIAS S.A.S. respecto de las obligaciones laborales que le incumben a ACCIÓN DEL CAUCA S.A.

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

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

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art

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

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

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

“Importa observar, que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y, en principio son obligadas directa y exclusivamente, conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente, se contempla la

solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (arts. 33, 34, 35 y 36, CST), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión”.

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

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

(...).

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

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

Luego, la empresa temporal de servicios –E.S.T.–, ni ejecuta una o varias obras en beneficio de los usuarios, ni ejecuta la prestación de servicios en beneficio del tercero con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, sino que, simplemente, envía o remite trabajadores a las dependencias de la usuaria para que cumplan las tareas o servicios contratados por la usuaria, al punto que, la jurisprudencia ha entendido se produce para tales propósitos una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados. El contratista independiente ejecuta directamente la obra o el servicio, lo hace con sus trabajadores, con sus propios medios y obra con plena autonomía patronal, en tanto que la empresa de servicios temporales no ejecuta obras o los servicios que requiere la empresa usuaria, no compromete sus trabajadores inmediatos, pues con los que así cuenta se llaman trabajadores de planta y son distintos a los que remite en misión (artículo 74, ibídem), los dichos servicios no se cumplen con sus propios medios, sino en las dependencias de la usuaria, y no obra con autonomía, pues delega en la usuaria parte del poder de subordinación sobre sus trabajadores en misión para el éxito del

servicio contratado. Como ello es así, no existe la identidad requerida entre el supuesto de hecho de la norma y la situación de esta clase de empleadores que pueda dar lugar a la figura de la solidaridad laboral, por ser sabido que la mentada solidaridad, por ser una excepción a la regla universal de que quien debe pagar es el deudor directo de la obligación, no se puede aplicar por extensión o analogía, pues las excepciones son restrictivas, taxativas, expresas”.

3.3. Entonces, como en el caso no se alegó, ni se debatió, ni mucho menos se acreditó que el real empleador del demandante lo fue empresa usuaria y no de la EST, no hay lugar a condenar aquí a CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. como responsable solidario de ACCIÓN DEL CAUCA S.A.

4. El actor no acreditó tener derecho a la estabilidad laboral reforzada por razones de salud

4.1. El otro reparo de la apelación de la parte demandante apunta a si él demandante tiene derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada por motivos de salud, a la luz del artículo 21 de la Ley 361 de 1997.

4.2. Pues bien, si bien la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral tienen criterios divergentes en cuanto algunos tópicos de esta temática, esta Sala llega a la conclusión que, a la luz de la jurisprudencia de ambos órganos de cierre, para que se active la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 deben concurrir los siguientes presupuestos:

(i) Que el peticionario sea una persona con disminución de su salud que lo someta a un estado de debilidad manifiesta;

Este presupuesto, según la Corte Constitucional, se cumple cuando la afectación de salud impide o dificulta **sustancialmente** el desempeño de las labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda (**Vid. SU049-17**); empero, si tenemos en cuenta los precedentes de la Sala de Casación Laboral, el presupuesto cuando la afectación de la salud del trabajador le irroga un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen (**Vid. Sentencias SL3487-2019, SL1360-2018 y SL11411-2017, entre otras**), aunque últimamente ese órgano límite ha morigerado este criterio (**Vid. Sentencias SL4508-2019 y SL3181-2019**).

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

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

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

Este último presupuesto se presume, empero al empleador le es dable desvirtuar dicha presunción acreditando la existencia de causal objetiva de terminación del vínculo laboral, aun en el evento de haberse efectuado la desvinculación sin la autorización del Ministerio del Trabajo **(Vid. Corte Constitucional, Sentencias SU049-17, T-372-17, T-317-17 y T-773-13; y, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1360-2018, reiterada en las SL4451-2019, SL4461-2019, SL5451-2018 y SL3520-2018, entre otras).**

3.4. Pues bien, en el caso, no se encuentra acreditado el primero presupuesto, aun cuando el mismo sea abordado a la luz de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, dicho presupuesto, que concierne a la *disminución de la salud del trabajador que lo someta a un estado de debilidad manifiesta*, se estructura, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se dijo, cuando la afectación de salud impide o dificulta sustancialmente el desempeño de las labores en las condiciones regulares.

Dicho lo anterior, se tiene que, de acuerdo a la documentación aportada con la demanda, si bien el demandante a causa de un accidente de trabajo, sufrió una ruptura de menisco interno (pág.93 expediente escaneado), lo cierto es que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, esto es, el 8 de mayo de 2013, no se acreditó que el actor realmente tuviera alguna dificultad sustancial que le impidiera desarrollar sus labores en condiciones regulares.

Incluso, no hay siquiera prueba de que, para la aludida fecha de terminación del contrato de trabajo, estuviese con alguna incapacidad médica que le impidiera laborar, lo único que hay sobre ese hecho es el propio dicho del demandante al absolver el interrogatorio de parte, el cual cobra relevancia solo para los hechos que comportan para él confesión, más no en la afirmación de hechos que le favorece (**Vid. Sentencias STL9684-2018; STL8125-2014; y, SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177**), *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (**Vid. Sentencias SL4921-2019, SL4594-2019 y STL9684-2018**); y, en todo caso, según la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (**Vid. Sentencias SL4971-2020, SL058-2021, SL3487-2019 y SL7292-2016**), las solas incapacidades temporales por razones de salud (que, se insiste, no está probado que las había para la época de la terminación del contrato), no activan la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 21 de la Ley 361 de 1997.

Asimismo, ha de puntualizarse que, en el caso, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral del actor, en un 21,15%, señaló como fecha de estructuración de la misma el 3 de septiembre de 2015, esto es, una data muy posterior a la fecha del despido.

3.5. Así que, al no estar acreditada la existencia de dificultad sustancial de la salud del actor que le impidiera desempeñar sus labores en condiciones regulares para la

fecha de la terminación del contrato de trabajo, otra conclusión a la que se ha de llegar es la inexistencia del nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante, que, como se dijo, es otro presupuesto para la activación de la estabilidad laboral reforzada por razones de salud, prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

3.6. Entonces, a la luz de lo expuesto, no es de recibo aceptar el desconocimiento de los principios constitucionales de primacía de la realidad y no discriminación invocados en la apelación del demandante. Y, en cuanto a la interpretación más favorable de las fuentes formales del derecho, ello es aplicable, como se infiere, en torno a la divergencia de interpretaciones y/o normas jurídicas, más no en tratándose de la valoración probatoria (**Vid. Sentencias CSJ SL7807-2016, SL, 4 nov. 2009**).

Así que, no prospera la apelación de la parte demandante.

5. Acción del Cauca S.A. no acreditó la finalización de la obra o labor contratada

5.1. Aduce la apoderada de ACCIÓN DEL CAUCA S.A. que se acreditó la terminación del contrato de trabajo por una causal legal y objetiva cual es la prevista en el numeral 1°, literal d), del artículo 61 del CST, atinente a la finalización de la obra o labor, pues, afirma, que el demandante confesó que se le había citado y que estaba trabajando cuando se le entregó la liquidación definitiva de prestaciones sociales e

igualmente que se le habían pagado todos los salarios y prestaciones

5.2. Empiécese por señalar que, si bien el demandante aceptó haber sido citado para ser informado de la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que no aceptó que estuviese trabajando para ese momento, ni tampoco que le hayan expresado como motivo de la finalización del vínculo la culminación de la labor u obra contratada. Es más, en el interrogatorio que absolvió no le preguntaron cuál fue la razón que le dio ACCIÓN DE CAUCA para dar por terminado el contrato de trabajo, por lo que no es de recibo predicar la existencia de confesión de este hecho fundamental.

Asimismo, no avizora la Sala en el expediente documento alguno que permita acreditar que, para el momento de la terminación del contrato de trabajo, en efecto se haya culminado la obra o labor por el cual se contrató laboralmente al demandante, e incluso, ni que la razón que se le haya dado a éste haya sido aquélla. Solo está, como se dijo, la aceptación del actor de habersele informado el 8 de mayo de 2013, la terminación de su contrato de trabajo, mas no la causa de ello, ni mucho menos la acreditación de esa causa, ni que ésta haya sido la finalización de la obra o labor por la cual fue contratado.

Bajo las circunstancias antes señaladas, no se abre paso la apelación de la parte actora, porque incumplió la carga de probar la finalización de la obra o labor por la cual fue contratado el demandante. Al respecto, es pertinente la

sentencia SL3520-2018, en la que la Honorable Sala de Casación Laboral discurrió:

“(...) así como al demandante le corresponde demostrar los fundamentos fácticos de sus pretensiones, a la parte demandada le concierne hacer lo propio frente a los hechos soporte de sus excepciones, **de tal manera que si se alega la terminación de la obra, lo apropiado es aportar la documentación que lo acredite**. Lo anterior, además, hace justicia al hecho de que **la empresa en su calidad de dueña del negocio se encuentra en mejor posición probatoria para documentarse y acreditar la efectiva terminación de las actividades contratadas**”. Se destaca.

Fluye de todo lo expuesto, la confirmación de la sentencia apelada.

6. Costas

No hay lugar a imponer condena en costas, dado que no hubo réplica a los recursos de apelación y, además, ninguno de éstos prosperó (CGP, art. 365-8°).

IV. DECISIÓN

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

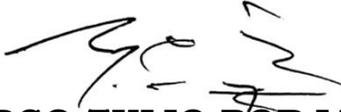
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 096-2021.....	1
Radicación n° 23-466-31-89-001-2016-00109-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA.....	4
III. LOS RECURSO DE APELACIÓN	4
1. Apelación de la parte demandante.....	4
2. Apelación de Acción del Cauca S.A.	5
III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	6
IV. CONSIDERACIONES	6
1. Presupuestos procesales	6
2. Problema jurídico a resolver.....	6
3. Los usuarios y las E.S.T., en principio, no son solidariamente responsables	7
4. El acto no acreditó tener derecho a la estabilidad laboral reforzada por razones de salud	11
5. Acción del Cauca S.A. no acreditó la finalización de la obra o labor contratada.....	15
6. Costas	17
IV. DECISIÓN	17
RESUELVE:	18
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	18



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 109-2020

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00349-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada en audiencia del 23 de marzo del 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS ARTURO OCHOA ZABALA contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., quien llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Pide el demandante que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre él, como trabajador, e INDEGA S.A. como empleadora, cuya vigencia inició desde el 21 de agosto de 2.014 y aún continúa vigente. Como consecuencia, pide, se condene a la empleadora al pago del reajuste salarial, beneficios convencionales descritos en la demanda, reliquidación de prestaciones sociales, sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, e indexación.

2. Hechos

En síntesis, se invocan como hechos de la demandada que, el actor, desde el 21 de agosto de 2014, con la intermediación de CONTATCAMOS OUTSORCING S.A.S. y ATENCOMP S.A.S., laboró para INDEGA S.A., existiendo entonces el ocultamiento de la real relación laboral con INDEGA S.A., y percibiendo una asignación salarial inferior a la recibida por los trabajadores de su real empleador, amén de no recibir el pago de los beneficios consagrados en la CCTA que esa real empleadora ha suscrito.

2. Contestaciones a la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, INDEGA y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.*

2.2. A su turno, SEGUROS DEL ESTADO, quien fue llamado en garantía por INDEGA, también se opuso a las súplicas de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito: *Prescripción, inexistencia de la relación laboral y de solidaridad con respecto a INDEGA y compensación*. Frente al llamamiento en garantía excepcionó: *Inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación indemnizatoria para el pago de vacaciones y sanción moratoria, límite de cobertura, deducible y exclusiones*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron separadamente. En la última, se practicó el interrogatorio de parte al actor y a la representante legal de INDEGA; y, se recibieron los testimonios de la parte demandante (ALVARO JOSÉ ARISMENDY GONZÁLEZ y LUIS CARLOS OCHOA FUENTES) y los de la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO).

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que el demandante labora no bajo la subordinación de INDEGA, sino de CONTACTAMOS, empresa ésta que sí actúa como contratista independiente en los términos del artículo 34 del CST., porque de la prueba documental y testimonial aflora que las labores desarrolladas por el trabajador a nombre de CONTACTAMOS las realiza con independencia respecto de INDEGA, al usar equipos y

dotaciones propias para ejercer la labor en favor de la empresa usuaria.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial del demandante, en apretada síntesis, radicó su inconformidad en que INDEGA sí es la verdadera empleadora, pues su personal impartía órdenes al demandante y los servicios se prestaban en sus instalaciones y era ella la que suministraba equipos trabajo, como el patín eléctrico. Así mismo, expone que las labores logísticas que tercerizó INDEGA sí hacen parte de su giro ordinario; la remuneración del actor proviene del producto del vínculo contractual que existe entre CONTACTAMOS e INDEGA. Que ésta, por virtud del artículo 8 de la CCTA, está obligada a no contratar trabajador por empresas de servicios temporales similares; los testigos de la demandada empezaron a trabajar después de la ejecución de las labores del actor de operador rotativo de producción; y, cita algunas sentencias de este Tribunal en procesos seguidos también contra la aquí demandada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Alegaciones de la parte demandante

Reiteró lo expuesto en la sustentación de la apelación.

2. Alegaciones de la demandada Indega

Expone que la subordinación jurídica al actor la ejerció la empresa CONTACTAMOS, y la tercerización que ésta hizo INDEGA, es legítima, porque el objeto de la misma no concierne a su objeto social, y CONTACTAMOS cuenta con autonomía financiera, técnica, estructura propia y aparato productivo especializado.

3. Alegaciones de Seguros del Estado

Sus alegaciones apuntan a la inexistencia de la relación laboral y solidaridad con respecto a INDEGA, a la ausencia de cobertura de la póliza, exclusiones y límites de ésta, y a la inexistencia de solidaridad frente a esa llamada en garantía.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual es proceden desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

2. Problemas jurídicos a resolver

Por virtud de las inconformidades planteadas en la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: (i) si desde el 21 de agosto de 2014 el actor ha venido prestando sus servicios personales a favor de INDEGA, a través de intermediarios y no de contratistas independientes, por ende, es esa empresa su verdadera empleadora; de ser así, si el

demandante (ii) tiene derecho a la nivelación salarial o al pago de diferencias salariales; (iii) a los beneficios convencionales reclamados con la demanda; (iv) a la reliquidación de las prestaciones sociales; (v) al pago de las diferencias de aportes pensionales; (vi) a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 1° de la Ley 52 de 1975; y, (vii) a la indexación. Así mismo, (viii) si SEGUROS DEL ESTADO, como llamada en garantía, tiene alguna obligación de reembolso a favor de INDEGA, respecto de condenas que ésta llegare a pagar al actor.

Ahora, para efectos de esclarecer el primer interrogante, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

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

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

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

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

4. No se acreditó que Indega S.A. sea la verdadera empleadora del demandante

4.1. Empiécese por señalar que, para hallar al verdadero empleador en los casos de tercerización e intermediación laboral, éstos no son susceptibles de generalización, y, por el contrario, a la conclusión de que el beneficiario de los servicios es el real empleador, ha de llegarse con pruebas suficiente y luego del estudio minucioso de las mismas. Así lo ha expresado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en las sentencias **SL216-2019** y **SL2789-2019**. En esta última, así lo señaló:

“la Corte debe puntualizar que casos como el presente no pueden generalizarse, por el contrario, cada asunto debe ser objeto de un minucioso estudio **cuyo resultado se deriva de las pruebas y las circunstancias que rodean la situación particular y demás aspectos que se discuten en el trámite procesal**, de lo cual depende que se declare o no un contrato de trabajo realidad, ello significa que pueden existir decisiones en uno u otro sentido”. Se destaca y se subraya.

4.2. La Sala encuentra como hecho claramente acreditado por la parte demandante, que éste ha prestado sus servicios personales en las instalaciones de INDEGA, los cuales han beneficiado a ésta, sin solución de continuidad, por lo menos, desde el 21 de agosto de 2014, y hasta, por lo menos, a la fecha del inicio de la celebración de la audiencia

del artículo 80 del CPTSS (2 marzo/2020), los continuaba prestando.

Lo antes expresado tiene respaldo probatorio en la prueba documental (contrato de trabajo y colillas de pagos, pág. 20 y ss, expediente escaneado), y en el dicho de todos los testigos (ALVARO JOSÉ ARISMENDY GONZÁLEZ, LUIS CARLOS OCHOA FUENTES, FELIX ARTURO GUTIÉRREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO).

4.3. Por virtud de todo lo dicho, es de aceptarse la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, desde el 16 de abril de 2016 y hasta, por lo menos, el 12 de marzo de 2020.

4.4. No obstante, en el presente caso, INDEGA sí desvirtuó la anterior presunción, puesto que acreditó la legalidad de la tercerización de sus actividades logísticas a ATENCOM S.A.S. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el actor prestó sus servicios dentro del marco de esas actividades tercerizadas; y, que la subordinación a aquél –al actor- fue realmente ejercida por CONTACTAMOS.

4.4.1. En efecto, si bien está acreditado con todos los testimonios que el actor prestó sus servicios en las propias instalaciones de INDEGA, ello, per se, no es suficiente para concluir que el contrato de trabajo fue con esa empresa (Vid. Sentencias SL. 27 oct. 1999, rad. 12187, reiterada en la SL3883-2020 y SL868-2013, entre otras), máxime cuando quedó acreditado con los testimonios de FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO

YARURO, no solamente que CONTACTAMOS, a través de su coordinador, es la que viene ejerciendo la subordinación al actor, sino además es la que le suministra a éste los instrumentos para desarrollar la labor, tales como escobas e hidrolavadoras, como también los uniformes y elementos de protección. Ahora, se dijo que el actor cuando realiza la labor de armado de equipos utiliza patín eléctrico de propiedad de INDEGA, ello de por sí no obnubila que igualmente utiliza equipos de CONTACTAMOS como los antes mencionados.

Además, no sólo del dicho de los testigos solicitados de por la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO), sino también del dicho del testigo LUIS CARLOS OCHOA FUENTES, quien fue solicitado por el actor, se desprende que CONTACTAMOS ejerce sobre él -el actor-, poder subordinante. En efecto, este último testigo, LUIS OCHOA, afirmó que los permisos para ausentarse el demandante de su labor, los da CONTACTAMOS, y si a causa de esto queda personal insuficiente para la realización de la labor, él, o sea el mencionado testigo, quien es trabajador directo de INDEGA, no puede hacer nada ni tiene la potestad de reclamarle a CONTACTAMOS.

4.4.2. Y si bien todos los testigos del actor, es decir, ÁLVARO ARISMENDY y LUIS OCHOA, afirman que dan órdenes e instrucciones al demandante, realmente no son tales, sino pedidos de actividades que se enmarcan en los servicios presta CONTACTAMOS a la beneficiaria INDEGA. Es que, cuando en una organización se encarga

legítimamente a un tercero algunas partes u operaciones de todo un proceso productivo, es obvio que todo debe estar articulado, de ahí que sea de total recibo que, en los engranajes de esas distintas partes u operaciones del proceso, confluyan trabajadores del contratista independiente y de la beneficiaria, ejecutando, cada quien, sus respectivas actividades, y, en esa coyuntura o acoplamiento, aquellos se demanden la realización de las tareas a su cargo e, incluso, se formulen indicaciones o sugerencias, y no por esto se desvirtúa la autonomía de los servicios tercerizados, como tampoco el poder subordinante que la empresa prestadora ejerce sobre sus empleados.

4.5. De otra parte, se ha hablado que el demandante ha recibido capacitaciones brindadas por personal de la demandada. Sobre el particular, ha de puntualizarse que el hecho de que los empleadores le incumbe capacitar a sus trabajadores, ello no significa o impide que aquéllas las pueda extender –no imponer- al personal de sus contratistas. Así, la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencia **SL2074-2021**, discurrió:

“Si bien, a través de algunos de esos comunicados el demandante y otros administradores, fueron citados a reuniones, talleres y conferencias, ello no necesariamente comporta el ejercicio del poder subordinante por parte de la encausada, porque si la avicultura formaba parte del objeto social de Pimpollo S.A.S., no resulta extraño que como concedora del sector organizara capacitaciones en las que pudieran participar sus contratistas, en beneficio de la ejecución del objeto contractual. Además, la convocatoria a reuniones, no es exclusiva de las relaciones de linaje laboral”. Se destaca.

4.6. Asimismo, con los testigos FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO

YARURO, acreditó INDEGA que su actividad principal o esencial es la de producción, por lo que, las actividades logísticas no productivas, aunque sean conexas o complementarias a éstas, perfectamente las puede externalizar; y, en efecto, las realizadas por el actor corresponden a dichas actividades logísticas, lo que está demostrado con los mentados testigos, los contratos comerciales que celebró con ATENCOM y CONTACTAMOS, y con el contrato de trabajo que aquél –el actor- suscribió con esta última empresa –CONTACTAMOS-.

Ahora, pretendió el demandante acreditar que sí laboró en la operación de producción del agua; sin embargo, ello no es de recibo, pues se probó que no tiene el perfil de índole tecnológico exigido por la demandada para esa labor calificada, no siendo suficiente la certificación de solo unos días de capacitación, según cabe inferir del dicho de los testigos FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO; y, el hecho de que éstos hayan ingresado a laborar con posterioridad a la fecha en que el demandante fue contratado por CONTACTAMOS, ello no derruye la inferencia consistente en que la realidad de hoy haya sido la de antes, porque ninguna razón suficiente ofrece la parte actora para persuadir a que esa mutación haya acontecido y, por ende, se haya dejado de prescindir o desaprovechar sus servicios y supuesta formación, en el área de producción.

Lo único que ofrece son los testimonios de ALVARO JOSÉ ARISMENDY GONZÁLEZ y LUIS CARLOS OCHOA

FUENTES, quienes, para sustentar la fuente de su dicho sobre este tópico, afirman haber visto al actor en esa labor realizada en la planta de agua, lo que no puede ser posible, porque a la misma es una zona cerrada con acceso muy restringido, cuyo contorno, incluso, no es visible desde las áreas donde los mentados testigos ejercen su actividad laboral, lo cual quedó acreditado con el plano de las instalaciones de la demandada, el cual fue puesto a la vista por el testigo FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA.

4.7. De otra parte, sostiene el vocero judicial del demandante, que el artículo 8 de la CCT suscrita por la demandada, ésta se obligó a no contratar trabajadores a través de empresas de servicios temporal y similares. Frente a esto, es de señalarse que, en la tercerización no se contrata trabajadores, sino un producto o servicios. En todo caso, en ningún aparte del texto convencional, se asigna como consecuencia de la aludida obligación, el tener entonces a los trabajadores de las contratistas, como trabajadores propios.

4.8. Entonces, ha de concluirse que, en el presente caso, CONTACTAMOS, sí actuó como contratista independiente, porque la demandada acreditó que la actividad comercial por la cual contrató a aquélla, no se limitó a una simple provisión o suministro de personal, habida cuenta que los servicios logísticos los ejecuta dicha contratista con medios, maquinarias o herramientas propios, sin que esto lo desvirtúe el hecho de utilizar un equipo específico (patín eléctrico) de propiedad de la empresa comitente (INDEGA), puesto que, iterase, la aludida

contratista (CONTACTAMOS) también aporta equipos propios.

De manera que, según todo lo expuesto, hay lugar a confirmar la sentencia apelada, insistiendo la Sala que, la decisión judicial de cada proceso, ha de corresponder a la realidad probatoria que éste contiene.

5. Costas

Dado que hubo réplica al recurso de apelación, corresponde condenar en costas a la parte demandante, y en favor de la demandada y de la llamada en garantía (Vid. CGP, art. 365).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en la suma equivalente a 1 SMMLV, acorde con lo establecido en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Rad. 23-001-31-05-004-2018-00349-02. Folio 109-2021.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Rad. 23-001-31-05-004-2018-00349-02. Folio 109-2021.

Contenido

FOLIO 109-2020	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00349-02	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
1.1. Pretensiones	1
2. Hechos.....	2
2. Contestaciones a la demanda y trámite	2
II. LA SENTENCIA APELADA	3
III. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
1. Alegaciones de la parte demandante	4
2. Alegaciones de la demandada Indega	4
3. Alegaciones de Seguros del Estado.....	5
V. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Problemas jurídicos a resolver	5
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo	6
4. No se acreditó que Indega S.A. sea la verdadera empleadora del demandante.....	7
5. Costas	13
V. DECISIÓN.....	13



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 112-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2018-00181-03

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la llamada en garantía, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia del 23 de marzo de 2.021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDUARDO ANTONIO JIMÉNEZ BURGOS, en contra de VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA y el CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, integrado por EDUARDO ALFREDO GUISAYS VITOLA y ALFREDO ANTONIO CABARCAS BUELVAS y RAFAEL ANDRÉS PUCHE DÍAZ, proceso en el que también figura la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA como llamada en garantía de VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre el demandante EDUARDO ANTONIO JIMENEZ BURGOS en calidad de trabajador, y los señores EDUARDO ALFREDO GUISAYS VITOLA, RAFAEL ANDRES PUCHE DÍAZ Y ALFREDO ANTONIO CABARCAS BUELVAS, personas integrantes del CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que cobró vigencia entre el 5 de mayo de 2016 hasta el 8 de octubre de 2017, y, en consecuencia, se condene a estos al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamados en la demanda, con responsabilidad solidaria de PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. ESP., hoy VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S. A. ESP., quien llama en Garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A., CONFIANZA S.A., quien a su vez fue convocada como demandada.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, los demandados y la llamada en garantía se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon las excepciones de mérito que aparecen señaladas en la sentencia apelada.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última se practicó el interrogatorio al demandante y se recibieron los testimonios de FRANCISCO JUSTINIANO PADILLA y MIGUEL ANTONIO POLO PÉREZ, ambos solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS PUNTOS IMPUGNADOS

A través de esta, se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, las partes desde el 6 de mayo de 2016 hasta el 10 de agosto de 2017, y, en consecuencia, condenó al último con solidaridad de VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S. A. ESP. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A. CONFIANZA S.A., pagar la suma de \$176.954,00, por concepto de saldo de la indemnización por despido injusto, negando las demás pretensiones de la demanda.

Lo anterior lo sustentó en que, si bien no hay prueba de la subordinación del demandante por parte de los integrantes del consorcio, estimó que, con la prueba testimonial y documentales, sí se acreditó la prestación de servicios personales y, por ende, la activación de presunción de contrato de trabajo del artículo 64 del CST, la cual, afirmó, no fue desvirtuada por los sujetos pasivos de la relación procesal.

Y, en cuanto a la responsabilidad de la aseguradora COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, la derivó al encontrar en los folios 131 al 134 de la demanda, la Póliza No, CU002337 con fecha de expedición 03-12-2014, en la que figura como tomador el CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, como asegurado PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA, y beneficiario AGUAS DE MONTERÍA S. A. E.S.P., y con vigencia desde 26-05-2014 hasta 26-05-2019, cuyo objeto es amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato PAM 027 -2014 celebrado entre las partes, y en la que se ampara el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización del artículo 64 del CST de los trabajadores del tomador.

IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por no haberse condenado al pago de las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, y porque la condena se debió hacer a los integrantes del CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA y no a dicho consorcio.

2. Apelación de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza

Sus inconformidades hacen referencia a que la aseguradora no tiene legitimación para pagar directamente al demandado, porque este no es asegurado ni beneficiario o parte alguna en los contratos de seguros; y, en lo atinente a su obligación con respecto de quienes sí son partes de seguros, (tomador, asegurados y beneficiarios), repitió casi literalmente las excepciones que propuso al llamamiento en garantía, relacionadas con la falta de prueba de que el empleador del demandante lo sea alguna del contrato de seguro; que el amparo cubre los salarios de los trabajadores del contratista y no de los subcontratistas, y no cubre las indemnizaciones moratorias ni las vacaciones.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo el vocero judicial de la parte demandante presentó alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hizo en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fue notificado en estrado de la sentencia de primera instancia (**Vid. Sentencia SL4430-2014**).

VI. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en la sustentación de las apelaciones, le corresponde a la Sala dilucidar:

(i) Por virtud del recurso de apelación de la parte demandante, si la condena se debió impartir a los demandados integrantes del CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, y no a dicho consorcio; y, si procede la condena al pago de las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; y,

(ii) Por virtud del recurso de apelación de la aseguradora CONFIANZA S.A., si el demandante está legitimado para pedir pago directo a aquélla; si empleador del demandante es parte del contrato de seguro; y, si la póliza de seguros ampara el rubro laboral reconocido al demandante.

2. Posibilidad de condenar al consorcio a pesar de no ser persona jurídica

2.1. El apoderado de la parte demandante critica que se haya condenado al CONSORCIO REDES DE

ALCANTARILLADO MONTERÍA, pues aduce que la condena debió ser a los integrantes del mismo, es decir, a EDUARDO ALFREDO GUIsays VITOLA y ALFREDO ANTONIO CABARCAS BUELVAS y RAFAEL ANDRÉS PUCHE DÍAZ.

2.2. Sobre el particular, se observa que, conforme a los numerales 2° y 3° de la sentencia recurrida, la condena impartida no fue impuesta solo al referido consorcio, sino también a los integrantes del mismo ya mencionados. En ese orden de ideas, ningún interés o perjuicio causa este aspecto a la parte demandante, ya que, a su favor, fue condenado tanto el consorcio como los integrantes de éste.

2.3. Con todo, y haciendo abstracción de la falta de interés en recurrir el aspecto en comentario, no le asiste razón a la parte demandante al sostener que sólo pueden ser condenados a los integrantes del consorcio y no a éste, pues todas las altas cortes han rectificado su criterio y hoy en día se sostiene que, a pesar de no ser personas jurídicas, los consorcios y las uniones temporales no sólo pueden celebrar contratos, sino también que pueden ser partes en los procesos y comparecer a los mismos, razón por la cual es perfectamente posible que pueden ser demandadas solamente a ellos, o también solidariamente con sus integrantes.

2.4. En efecto, la jurisprudencia inicialmente consideraba que los consorcios y uniones temporales, por no ser personas jurídicas, no tenían capacidad para ser partes en los procesos judiciales, ni como demandantes, ni como

demandados. No obstante, tal criterio judicial que inició en el Consejo de Estado, concretamente en el **Concepto del 9 de octubre de 2003, Rad. 1513**, fue dejado atrás por ese mismo órgano de cierre, mediante la **sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013, Rad. 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933)**, en la que se concluyó que los consorcios y uniones temporales sí podían ser partes en los procesos judiciales, *sin perjuicio que todos los miembros de tales entes concurren al proceso*. Este último criterio ha sido reiterado muchísimas veces por el Consejo de Estado (**Vid. Sección Tercera, sentencias 25 de septiembre de 2017, rad. 08001-23-33-000-2013-00044-01[50892]; 30 de marzo de 2017, Rad. 85001-23-31-000-2011-00196-01[50606]; 31 de marzo de 2016, rad. 11001-03-15-000-2016-00395-00[AC]; 9 de octubre de 2014, rad. 05001-23-31-000-2000-0375-01[42775]; 10 de septiembre de 2014, Rad. 25000-23-26-000-1999-01860-01 [25645]; y, 28 de enero de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2001-02053-01 [30250]**), y también ha sido acogido por la Corte Constitucional (**Vid. Sentencia T-150-2016**).

Asimismo, la Honorable Sala de Casación Laboral, acogiendo el actual criterio del Honorable Consejo de Estado, rectificó el suyo. Así, en sentencia **SL462-2021** discurrió:

“Sobre el particular, conviene traer a colación la sentencia de unificación 1997-03930 de 25 de septiembre de 2013 que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a

través de la cual rectificó su jurisprudencia frente a la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al juicio:

[...] Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad contractual — incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal—, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6° de la Ley 80 “(...) comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos (...)”.

(...).

De acuerdo con lo dicho, las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. **Por tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes. Con esto, se recoge el criterio fijado en las sentencias CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426 y CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043**”. Se destaca.

Corolario de lo dicho, no hay lugar atender la apelación de la parte demandante, en el punto antes examinado.

3. Sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST

3.1. También protesta la parte demandante por no haberse condenado a las sanciones moratorias señaladas, arguyendo que el A quo no tuvo en cuenta que uno de los integrantes del consorcio afilió al demandante a la seguridad social, el pago de las cotizaciones, la consignación de las prestaciones sociales después de la presentación de la demanda, y que la parte demandada no aportó pruebas testimoniales ni documentales, negaron el vínculo laboral, y, en el caso, del demandado RAFAEL ANDRÉS PUCHE DÍAZ, le se le debió designar curador ad litem.

3.2. Los anteriores argumentos con los que se sustentan la apelación de este punto, no son de recibos para imponer las sanciones moratorias.

Así, en cuanto a la afiliación a la seguridad social y pago de cotizaciones, ha de recordarse que, la Honorable Sala de Casación Laboral, ha señalado que con ello no demuestra el contrato de trabajo (**Vid. SL16934-2017, SL15929-2017, SL10159-2016 y SL, 10 mar. 2005, rad. 24313**). Por ejemplo, en la sentencia **SL16934-2017**, expresó:

“debe advertir esta Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación, que los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales no pueden dar cuenta certera de la prestación personal del servicio con miras a establecer el tiempo de labores.

Así se indicó en sentencia CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 24313 reiterada en decisión CSJ SL15929-2017, en la que se manifestó:

«[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo>». Se destaca.

En cuanto a que hayan negado el vínculo laboral, tampoco es motivo para predicar su mala fe, sino, por el contrario, la buena fe, a no ser que, en el proceso aparezcan pruebas que evidencian haber ejercido los demandados poder subordinante sobre el demandante, pruebas estas que no las hay, ya que los testigos del demandante (FRANCISCO JUSTINIANO PADILLA y MIGUEL ANTONIO POLO PÉREZ), no les consta que los demandados hayan dado algún tipo de órdenes al actor, e incluso éste, al absolver el interrogatorio de parte, no sólo manifestó que no recibió órdenes de aquéllos –de los demandados–, sino también que ni siquiera los conoció durante su relación laboral.

En cuanto no haber aportado pruebas, tampoco evidencia mala fe de los demandados, sino, a lo sumo, no contar con elementos probatorios para acreditar su teoría, cual es que el empleador directo del demandante no lo fue el consorcio demandado, sino CARLOS FENANDO LYONS HOYOS, subcontratista de ese consorcio; sin que la carencia de esas pruebas haga suponer a fortiori lo afirmado por su contrario, es decir, por el demandante, sea una realidad. Asimismo, el hecho de haberse consignado las prestaciones

después de la presentación de la demanda, ello tampoco sirve para predicar la mala fe, porque ese hecho pudo obedecer a razones distintas a esa situación subjetiva, como, por ejemplo, a la decisión de precaver peores consecuencias procesales, ante situaciones, como, por ejemplo, la de precisamente no contar con los elementos probatorios suficientes para enfrentar un proceso. De no ser esto así, siempre habría que predicar la mala fe si una persona demandada como empleador, a pesar de no aceptar la relación laboral, decide conciliar, a fin de precaver una eventual decisión desfavorable.

Ahora, el que a un demandado haya tenido que designársele curador ad litem, tampoco puede ser ello motivo válido para predicar su mala fe ni ningún otro indicio en su contra, pues, amén que ninguna norma y jurisprudencia ha predicado tal cosa de ese hecho, lo único que ello refleja es que la notificación personal tuvo que hacerse con un curador.

3.3. Finalmente, el criterio de este Tribunal en el que se apoyó la A quo para no imponer las sanciones moratorias, cual es que éstas, por norma general (o sea no es una regla absoluta), no se abren paso cuando no hay prueba de haber ejercitado el demandado poder subordinante sobre el demandante, habiéndose entonces declarado la existencia del contrato de trabajo por la sola la demostración de la prestación de los servicios personales, es decir, exclusivamente por presunción del artículo del artículo 24 del CST, es un criterio que sido encontrado razonable por la

Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**, además se trata de una tesis que se derivado de la jurisprudencia de ese órgano de cierre, por ejemplo, de las sentencias: **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹, SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767², SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL6380-2015, SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017, SL19093-2017 y SL1426-2018.**

En fin, no prospera la apelación de la parte demandante.

4. Falta de legitimación del demandante para obtener pago directo de la aseguradora

4.1. Aduce la aseguradora CONFIANZA S.A., que el demandante no está legitimado para reclamar el pago directo del amparo de la póliza suscrita por aquella.

4.2. Lo anterior es de aceptación, porque, si nos atenemos a la póliza de seguros aportadas al proceso, se observa que, la No. 08 R 0002077, adjuntada con la demanda, se refiere a la responsabilidad civil extracontractual cuyos amparos no conciernen a obligaciones laborales; y, en cuanto a las demás que han sido anexadas también con la demanda y con el llamamiento en

¹ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

² M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

garantía y la contestación a dicho llamamiento, se observa que todas, incluidas aquellas que amparan acreencias o rubros laborales, no aparece como asegurado y/o beneficiario, el demandante, sino VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P. (ente que antes era PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.), y, bajo tales circunstancias, no tiene el demandante, aún en su condición de trabajador del tomador (CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA), acción directa en contra de la mentada aseguradora. Sobre el particular, resulta pertinente el siguiente pasaje de la sentencia SL652-2018 de la Honorable Sala de Casación Laboral:

“Se reitera que el reembolso dispuesto a cargo de la Compañía Aseguradora se efectuará al citante y condenado a indemnizar – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, más no directamente a los promotores del litigio, a menos que entre tales intervinientes procesales decidan algo distinto.

Lo primero, porque las relaciones jurídicas entre los accionantes y la demandada son distintas a las de aquéllos y la llamada en garantía, pues entre tales participantes no existe nexo que permita ordenar el pago directo, como sí lo hay entre la convocada y su llamada en garantía. Además, porque al no ostentar el demandante la calidad de trabajador de la responsable solidaria, sino del contratista, será el demandante quien elija entre los varios condenados, quién deberá asumir la condena impuesta”.

Consecuente con lo dicho, ha de declararse probada la excepción de mérito de falta de legitimación activa del demandante para demandar a SEGUROS CONFIANZA S.A.,

y, por consiguiente, la condena a esta aseguradora de pagar directamente al demandante, incluyendo las costas, será revocada.

5. El amparo sí cubre rubro laboral que fue objeto de condena en la sentencia apelada

5.1. La aseguradora CONFIANZA S.A., en la sustentación de la apelación repitió casi literalmente las excepciones A, B, C y D que formuló al llamamiento en garantía, las que, en resumen, tienen que ver con la falta de prueba de que el empleador del demandante lo sea alguna del contrato de seguro; y, que el amparo no cubre los salarios de los subcontratistas, y no cubre las indemnizaciones moratorias ni las vacaciones.

5.2. En cuanto a la inexistencia de prueba de que el empleador del demandante lo sea alguna de las partes del contrato de seguro, esto no es de recibo, porque con la sentencia recurrida se impuso que dicho empleador es el CONSORCIO REDES DE ALCANTARILLADO MONTERÍA, integrado por EDUARDO ALFREDO GUISAYS VITOLA y ALFREDO ANTONIO CABARCAS BUELVAS y RAFAEL ANDRÉS PUCHE DÍAZ, y, es absolutamente claro que el mentado consorcio es el tomador de la póliza CU002337, con la cual se ampara el incumplimiento de algunos rubros laborales de los trabajadores de dicho consorcio.

Y, si a lo que se refiere la apelación de la aseguradora CONFIANZA S.A., a que no hay prueba del contrato de trabajo entre el demandante y el consorcio mencionado, esto tampoco es de recibo, porque, arriba se dijera, de la prueba testimonial y documental recaudada, se evidenció la prestación personal de los servicios y, con ello, la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, la cual correspondía a los sujetos pasivos de la pretensión desvirtuarla, cuestión que aquí no aconteció.

5.3. Finalmente, en cuanto a que la póliza no ampara los salarios de los subcontratistas, ni las indemnizaciones moratorias ni las vacaciones, estos reparos son abiertamente impertinentes, porque, en primer término, el demandante es trabajador del tomador, quien es contratista y no subcontratista de la beneficiaria de la póliza (VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.).

Y, en segundo término, porque el rubro laboral que fue objeto de condena fue un saldo de la indemnización por despido injusto establecida en el artículo 64 del CST, la cual sí cubre la póliza susodicha, tal como lo afirmó expresamente la CONFIANZA S.A. en su escrito de contestación al llamamiento en garantía.

Así que, este reparo de la apelación de la aseguradora llamada en garantía, no prospera.

6. Conclusión

De lo expuesto, se concluye que sólo hay lugar a revocar la condena que se le impuso a la aseguradora de pagar directamente al demandante, y, en su lugar, la condena consistirá que aquélla –la aseguradora– reembolse a su llamante (VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.), la suma que ésta pague por la condena que le fue impuesta en este proceso.

Así mismo, hay lugar a revocar la condena en costas que se impuso también a esa aseguradora, a favor de la parte demandante, porque ninguna pretensión de éste resultó avante en contra de aquélla. La pretensión que prosperó en contra de la aseguradora fue la del llamamiento en garantía que le formuló VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., quien no apeló la sentencia para reclamar costas a su favor.

7. Costas en esta segunda instancia

Dado que la apelación de la parte demandante no prosperó y que la de la Aseguradora CONFIANZA S.A., sólo prosperó parcialmente, amén de que no fue replicada, la Sala no impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia, con fundamento en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito que COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA denominó: *falta de legitimación activa del demandante para demandar a Seguros Confianza S.A.*

SEGUNDO: Como consecuencia de lo dispuesto en el anterior numeral, se dispone **MODIFICAR** el **numeral quinto** de la sentencia apelada, en el sentido de **REVOCAR** solamente la condena que en dicho numeral se impuso a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA de pagar directamente al demandante. En su lugar, se **DECLARA** que dicha aseguradora debe responder por la condena en contra de VEOLIA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P., de acuerdo a la póliza de seguro de cumplimiento n.º 08 CU002337 y conforme a los riesgos asegurados y al límite de cobertura de los mismos.

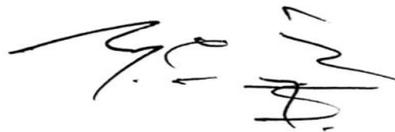
SEGUNDO: MODIFICAR el **numeral séptimo** de la sentencia apelada, en el sentido de **REVOCAR** solamente la condena que en dicho numeral se impuso a la COMPAÑÍA

ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA de pagar las costas al demandante.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 112-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2018-00181-03	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS	3
PUNTOS IMPUGNADOS	3
IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN	4
1. Apelación de la parte demandante	4
2. Apelación de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza	5
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES.....	6
1. Problema jurídico a resolver	6
2. Posibilidad de condenar al consorcio a pesar de no ser persona jurídica.....	6
3. Sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST .	10
4. Falta de legitimación del demandante para obtener pago directo de la aseguradora	13
5. El amparo sí cubre rubro laboral que fue objeto de condena en la sentencia apelada	15
6. Conclusión	17
7. Costas en esta segunda instancia.....	17
V. DECISIÓN	17
RESUELVE:	18
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	19



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado sustanciador

FOLIO 128-2021

Radicación n° 23-001-31-05-003-2019-00276-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se deciden los recursos de apelación interpuesto por todas las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, con respecto a la sentencia del 12 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por JORGE ADALBERTO GUERRA CABRIA contra EMPRESA ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACION y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El demandante pide que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa ALMAGRARIO S.A. el cual inició el 20 de diciembre de 1999 y finalizó el 03 de enero de 2017, que se condene a la empresa ALMAGRARIO S.A. a pagar COLPENSIONES los aportes en pensión desde el 01 de mayo de 2005 hasta el 03 de enero de 2017, con sus respectivos intereses moratorios, que se reliquide la pensión de vejez del actor teniendo en cuenta los aportes que omitió pagar la empresa ALMAGRARIO S.A., es decir, del 01 de mayo de 2005 hasta el 03 de enero de 2017, que en consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas ordinarias y adicionales, causado por las diferencias generadas de la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta los APORTES QUE OMITIO PAGAR la empresa ALMAGRARIO S.A., es decir, del 01 de mayo de 2005 hasta el 03 de enero de 2017, que se condene a COLPENSIONES a que reconozca y pague al actor los INTERESES MORATORIOS que establece el artículo 141 de la ley 100 de 1993, que se indexen todas las condenas, costas y agencias en derecho, extra y ultra petita.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon excepciones de mérito. Así, COLPENSIONES, propuso las que denominó: *prescripción y buena fe*. A su turno, ALMAGRARIO S.A. EN

REORGANIZACION, formuló las de: *Inexistencia de la obligacion, cobro de lo no debido, prescripcion, buena fe de mi patrocinada, mala fe del demandante, innominada o generica y exclusion del actor del seguro de invalidez, vejez y muerte y por ende ausencia del deber de efectuar cotizaciones.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, se realizaron en forma concentrada, recaudándose sólo pruebas documentales.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A quo accedió parcialmente a las pretensiones, declarando la existencia del contrato de trabajo entre el actor y ALMAGRARIO S.A., desde el 20 de diciembre de 1999 al 03 de enero de 2017, condenando a ésta a pagar el cálculo actuarial relativo a los aportes en pensión desde el 01 de mayo de 2005 hasta el 03 de enero de 2017. Asimismo, condenó a COLPENSIONES a la reliquidación de su pensión de vejez, desde el 23 de abril de 2014, en la suma de \$1.925.960, con los reajustes de ley, absolviéndola de pagar retroactivo pensional e intereses moratorios.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por el monto de la pensión, por no haberse condenado al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios y costas a cargo de Colpensiones. En cuanto a lo primero, simplemente dijo que, según la liquidación que ellos hacen, el monto pensional es mayor, por lo que pide al Tribunal que se revise la efectuada por el A quo. Que hay lugar a condenar al retroactivo pensional, porque las cotizaciones con las que se completó la densidad requerida para la pensión de vejez, no fueron pagadas por quien le reconoció al demandante la pensión de jubilación compartible, esto es, MINISTERIO DE AGRICULTURA, sino por el empleador ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN. Que también hay lugar a condenar en costas a COLPENSIONES, porque se opuso a la demanda y le fue negada incluso una excepción de mérito.

En cuanto a los intereses moratorios, no sustentó dicho reparo o inconformidad.

2. Apelación de Almagrario S.A.

Protesta por la condena al pago del cálculo actuarial relacionado a los aportes en pensión del actor, arguyendo, en apretada síntesis, que no tenía la obligación de cotizar los mismos, porque el actor venía disfrutando de pensión de jubilación, e incluso, él pidió que por esa razón no se hicieran las cotizaciones. Asimismo, adujo que al proceso se debió vincular el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, por el tema de la compartibilidad.

3. Apelación de Colpensiones

Aduce que la pensión de vejez que reconoció al actor fue liquidada correctamente, para lo cual tuvo en cuenta los salarios sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones y la máxima tasa de remplazo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, las que serán tenidos en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hizo en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fue notificado en estrado de la sentencia de primera instancia (**Vid. Sentencia SL4430-2014**).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales - ausencia de vinculación al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

1.1. La apodera judicial expone que en el proceso se debió vincular al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por el tema de la compartibilidad.

Lo anterior no es de recibo, porque ninguna pretensión tiene la demanda en contra de ese Ministerio, simple y llanamente se pidió la existencia del contrato de trabajo y

pago de aportes en pensión frente a ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN; y, la reliquidación de la pensión de vejez, intereses moratorios y otras peticiones, en contra de COLPENSIONES. Entonces, el hecho de que el referido Ministerio le había reconocido al actor pensión de jubilación de carácter compatible con la pensión de vejez, su integración no es necesaria para debatir la reliquidación no de la pensión que reconoció, sino la de vejez a cargo de COLPENSIONES, porque, amén de que, como se dijo, ninguna súplica se pide en su contra, tampoco tiene ese ente unidad de suerte en la sentencia con los demás sujetos demandados.

1.2. De otra parte, los demás presupuestos de eficacia y validez del proceso, que no han sido objeto de reproche, también se encuentran presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el grado jurisdiccional que se surte a favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuesto por todos los sujetos procesales.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades sustentadas con las apelaciones y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a una entidad en la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, teniendo en cuenta las cotizaciones dejadas de pagar por ALMAGRARIO en el periodo del 1° de mayo 2005 al 30 de

enero de 2017; para tal efecto, se deberá establecer **(ii)** si ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN, debe pagar las cotizaciones en el período antes indicado, siendo que el actor venía disfrutando de una pensión convencional desde el 23 de enero de 2004, reconocida por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL con el carácter compartible con la pensión de vejez que reconoció COLPENSIONES y que es objeto de la reliquidación demandada.

Si se responden los anteriores interrogantes afirmativamente, corresponderá dilucidar **(iii)** el monto pensional y si hay lugar a condenar a COLPENSIONES, pagar retroactivo pensional a favor del demandante y, de ser así, el monto del mismo; **(iv)** si también hay lugar a condenar a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios; y, **(v)** si ambas demandadas, COLPENSIONES y ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN, deben pagar las costas de la primera instancia al demandante.

3. Hechos no discutidos en el proceso

Antes de responder los cuestionamientos que conforman el problema jurídico planteado, es pertinente puntualizar que no fue objeto de debate, sino hechos admitidos por las partes, los siguientes:

3.1. Que el demandante desde el 23 de abril de 2004, disfrutaba pensión convencional de jubilación, reconocida por el MINISTERIO DE AGRICULTURA, mediante Resolución

00390 del 20 agosto de 2004, en cuantía de \$748.429,50, pero que, posteriormente, mediante Resolución 00329 del 9 julio 2014, la indexó quedando, por ejemplo, para el año 2004, en la suma de \$1.326.061,00, y, para el año 2014, en la suma \$1.988.009,00.

3.2. Que la anterior pensión convencional de jubilación es de carácter compartible con la pensión de vejez.

3.3. Que el demandante, a pesar del reconocimiento de la pensión convencional de vejez, siguió laborando para un empleador diferente, esto es, para ALMAGRARIO S.A., hasta al 3 de enero de 2017, relación laboral que inició el 20 de diciembre de 1999.

3.4. Que COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 36894 de 17 de febrero de 2015, estimó que el demandante es beneficiario del régimen de transición, y, por ende, le reconoció la pensión de vejez bajo el amparo del Decreto 758 de 1990, a partir del 23 de abril de 2014, en cuantía inicial de \$1.109.615, para lo cual aplicó una tasa de remplazo del 90%.

3.5. Y, que COLPENSIONES, para liquidar la aludida pensión de vejez, no tuvo en cuenta las cotizaciones dejadas de pagar por ALMAGRARIO S.A., durante el periodo comprendido del 1° de mayo 2005 al 30 de enero de 2017; para tal efecto, empleador del actor para ese entonces.

4. Derecho del actor a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES

4.1. Como se dijo en el anterior ítem, COLPENSIONES, al liquidar la pensión de vejez que reconoció al demandante, no tuvo en cuenta las cotizaciones en pensión que el empleador del actor, ALMAGRARIO, no pagó durante el periodo comprendido del 1° de mayo 2005 al 30 de enero de 2017, pues se atuvo sólo a las que fueron pagadas y que, según la resolución SUB 70464 del 21 de marzo de 2019, ascienden a 1.849 semanas.

Al respecto, no le asiste razón a COLPENSIONES, porque la jurisprudencia actual de la Honorable Sala de Casación Laboral es que los tiempos de servicios laborados, cuyos aportes no se efectuaron al ISS, hoy COLPENSIONES, han de contabilizarse como cotizados a fin de determinar el cumplimiento del requisito relativo a la densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, sin importar que la causa sea la falta de afiliación por no cobertura del sistema o por culpa del empleador (**Vid. SL18906-2017, SL17406-2017, SL10122-2017, SL3892-2016, SL14388-2015, SL8647-2015, SL9856-2014**); o bien, la simple mora del patrono no declarada incobrable por la AFP (**Vid. Sentencias CSJ SL3707-2017 rad. 56877, SL4892-2017, SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, CSJ SL 45173, 6 feb. 2013, CSJ SL 907-2013, CSJ SL 5429-2014, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 15718-2015, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 13266-**

2016 y CSJ SL 15980-2016.CSJ SL y SL, 22 jul. 2008, rad. 34270).

4.2. De otra parte, ALMAGRARIO S.A. EN REORGANIZACIÓN, expone que no debió ser condenada a pagar las cotizaciones durante el período comprendido del 1° de mayo 2005 al 30 de enero de 2017, porque esa obligación cesó para ella desde cuando al demandante le fue reconocida por el MINISTERIO DE AGRICULTURA la pensión convencional de jubilación, esto es, desde el 23 de enero de 2004. Que, incluso, el mismo demandante pidió a ella que no pagaran esas cotizaciones por estar disfrutando de la aludida pensión extralegal. Y, que, si bien ésta le fue reconocida con el carácter compatible, no es obligación del empleador cotizar para obtener la subrogación de esa pensión convencional por la de vejez.

4.2. 1. Estas réplicas de ALMAGRARIO no son de aceptación. Así, si mira el asunto conforme al régimen anterior de la Ley 100 de 1993, concretamente al previsto en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, que fue la normatividad que aplicó COLPENSIONES, la Honorable Sala de Casación Laboral ha puntualizado que, el artículo 2° del referido Decreto, a los pensionados que excluyó del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, fueron a los que venían disfrutando de la pensión al momento de iniciarse la obligación de aseguramiento, esto es, al llamamiento a inscripción que en las principales ciudades del país fue en enero de 1967:

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

“No sobra agregar que la exclusión prevista en la norma aplicada indebidamente por el tribunal, esto es, el artículo 2° del Acuerdo 049 de 1990, abarca a quienes al momento de la iniciación de la obligación de aseguramiento al seguro de invalidez, vejez y muerte - que en las principales ciudades del país fue el primero de enero de 1967 -, estaban gozando o ya tenían el derecho causado a disfrutar de una pensión de jubilación patronal, pues por una parte difícilmente podrían construir posteriormente una pensión de vejez a cargo del ISS, y en segundo lugar, porque con arreglo a los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966 habían quedado exceptuados del régimen de seguros sociales, y por ende mal podían ingresar como asegurados obligatorios”. **Sentencia SL, 6 mar. 2001, Rad. 15243.**

En ese mismo precedente, que, a propósito, tuvo que ver con un caso igual al presente, es decir, de una persona con pensión compartible, que después continuó laborando para empleadores distintos al que lo pensionó, también recordó el mentado órgano de cierre que, aquellos jubilados cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del ISS, son afiliados forzosos al Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, por así establecerlo el literal c) del numeral 1° del referido Decreto 758 de 1990. Así lo expresó la Corte:

“Es irrefutable que el tribunal desatendió el contenido del artículo 1° del precitado Acuerdo 049 de 1990 por cuanto este precepto incluye como afiliados *“forzosos u obligatorios” al Instituto de Seguros Sociales a “...c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él”*. Y como el fallo aceptó que la pensión

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

patronal estaría a cargo de Coltejer hasta tanto se le reconociera al demandante por el ISS la pensión de vejez, es innegable que desconoció el sentenciador la preceptiva aplicable, incurriendo en una infracción directa de la misma, como con acierto lo pregona la acusación, por lo que el cargo sale avante.

Es apenas elemental que la condición de afiliado forzoso a un ente gestor de seguros sociales, como lo ha sido el ISS, lleve aneja la obligación de pago de cotizaciones, porque además de ser de sentido común en el esquema de un régimen contributivo, ello así está contemplado expresamente en el artículo 8° del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, aplicable por la época de los hechos, por el cual se adoptó el Reglamento General de registro, inscripción, afiliación a los seguros sociales obligatorios del Instituto, cuyo tenor es el siguiente: *“Se entiende por afiliado, la persona natural que encontrándose legalmente inscrita al régimen de los seguros sociales obligatorios cotiza para dicho régimen y es sujeto de los derechos y obligaciones que de él se derivan de conformidad con los respectivos reglamentos”*. Y siendo ello así, resultaría ilógico que se despoje de legitimidad a las aportaciones realizadas en cumplimiento de ese deber legal, como lo hizo el tribunal quebrantando la normativa aplicable, al negar la validez de las cotizaciones efectuadas tras el reconocimiento de la pensión patronal, no obstante haber concluido que esa pensión primigenia tendría vigencia hasta tanto el ISS asumiera la de vejez”.

Y, más adelante, concluyó la Corte en la misma sentencia que se viene trayendo a colación **(SL, 6 mar. 2001, Rad. 15243)**:

“En suma, el reconocimiento de una pensión patronal, legal o voluntaria, que por su naturaleza tenga la vocación de ser

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

compartida con la de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, o de ser asumida totalmente por esta entidad, no es legalmente óbice para la validez de cotizaciones efectuadas con posterioridad, al seguro de invalidez, vejez y muerte, ya bien como consecuencia de la obligación patronal de seguir aportando, ora de las cotizaciones efectuadas como consecuencia de un nuevo vínculo laboral o de la condición de trabajador independiente. Dichas cotizaciones ulteriores a la causación de la pensión patronal, sumadas a las sufragadas con antelación a la misma inciden en la determinación del número total de semanas pagadas por el asegurado, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales”.

Precedente en referencia que reiteró en las sentencias **SL, 22 ag. 2001, rad. 16125** y **en la SL, 13 ag. 2002, rad. 17408**.

4.2. 2. Y, si se mirara el asunto bajo el alero de la Ley 100 de 1993, la Honorable Sala de Casación Laboral, con fundamento en el artículo 17 ejsudem, ha sentado que los titulares de una pensión convencional, no están excluidos de la afiliación al sistema pensional (**Vid. Sentencias SL6718-2016 y SL17041-2017**).

4.2. 3. Ahora, si bien podría aceptarse que el empleador jubilante de una pensión compartible, pueda abstenerse de cotizar, ello es sobre la base de que el pensionado, por estarlo, no siga trabajando para dicho empleador, de tal suerte que las cotizaciones a las que éste llamado a efectuar sin contraprestación de servicios, es con

el objeto de que, en la dispensa pensional, sea subrogado por la administradora de pensiones.

Sin embargo, cuando el jubilado con pensión compartible, siga laborando para un nuevo empleador, ningún pretexto tiene éste para pagar las cotizaciones, habida cuenta que, en el caso de los trabajadores dependientes, la cotización se causa a partir de la prestación efectiva del servicio (**Vid. Sentencias SL2652-2020, SL4735-2020, SL348-2019 y SL782.2013**), teniendo tales cotizaciones el carácter obligatorio (**Vid. Ley 110/1993, art. 17**), a no ser que se trate de los eventos excepcionales previstos en la Ley, que son de aplicación e interpretación restrictiva, dentro de los cuales, como quedó explicado, no figuran los jubilados cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del ISS, hoy COLPENSIONES.

4.2. 4. Y, en cuanto a que el demandante pidió a ALMAGRARIO que no efectuara los aportes en pensión por estar disfrutando de pensión convencional, basta recordar para no admitir este argumento que la seguridad social es un derecho irrenunciable, y, por ende, las normas del sistema de seguridad social en pensiones, son de orden público y, por lo mismo, de obligatorio cumplimiento (**Vid. Sentencia SL1965-2021**).

En fin, es obligación de ALMAGRARIO pagar las cotizaciones durante el tiempo que omitió hacerlo, por haber sido un tiempo realmente laborado por el actor; y, a su turno,

es obligación de COLPENSIONES tener en cuenta dichas cotizaciones para efectos de la reliquidación de la pensión de vejez que reconoció al demandante.

5. La reliquidación de la pensión de vejez

5.1. Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición, como tampoco que causó la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 el 23 de abril de 2014, con la máxima tasa de remplazo del 90%, y que el IBL lo determinó COLPENSIONES y el A quo con fundamento en el promedio de los salarios de los 10 años anteriores, para efectos de la reliquidación, se seguirán estos presupuestos, pero, obviamente, como igualmente lo hizo el sentenciador inicial, se considerarán los salarios que devengó el demandante de ALMAGRARIO S.A. dentro de los referidos 10 años, los cuales constan en la certificación emanada por aquella (Vid. CD, fl.106).

5.2. Entonces, siguiendo el método indicado por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL3060-2019, SL12709-2017, SL4975-2018, SL1372-2019 y SL 40552, 1.º mar. 2011, entre otras**), la Sala obtiene un IBL de **\$2.177.085** que, al aplicársele la tasa de remplazo del 90%, ello da como resultado una cuantía pensional para el 23 de abril de 2014 de **\$1.959.376,00**, que, ajustada para el año 2.017, anualidad en que también la determinó la A quo, asciende a la suma de **\$2.293.288,00**, todo esto lo ilustra las siguientes tablas explicativas:

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

I.B.L. 10 ÚLTIMOS AÑOS								
Período	I.B.C. Ministerio de Agricultura	I.B.C. Almagrario	Total I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic-Año Anterior	Índice Final Dic Año 2013	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
abr-04		664.163	664.163	7	53,07	79,56	995.681	1.936
may-04		664.163	664.163	30	53,07	79,56	995.681	8.297
jun-04		1.705.684	1.705.684	30	53,07	79,56	2.557.080	21.309
jul-04		664.163	664.163	30	53,07	79,56	995.681	8.297
ago-04		666.153	666.153	30	53,07	79,56	998.665	8.322
sep-04	748.000	913.000	1.661.000	30	53,07	79,56	2.490.092	20.751
oct-04	748.000	1.023.000	1.771.000	30	53,07	79,56	2.654.998	22.125
nov-04	748.000	703.000	1.451.000	30	53,07	79,56	2.175.270	18.127
dic-04	748.000	2.665.000	3.413.000	30	53,07	79,56	5.116.606	42.638
ene-05	790.000	800.000	1.590.000	30	55,99	79,56	2.259.339	18.828
feb-05	790.000	732.000	1.522.000	30	55,99	79,56	2.162.713	18.023
mar-05	790.000	787.000	1.577.000	30	55,99	79,56	2.240.867	18.674
abr-05	790.000	706.000	1.496.000	30	55,99	79,56	2.125.768	17.715
may-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
jun-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
jul-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
ago-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
sep-05	790.000	887.121	1.677.121	30	55,99	79,56	2.383.135	19.859
oct-05	790.000	963.231	1.753.231	30	55,99	79,56	2.491.285	20.761
nov-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
dic-05	790.000	661.825	1.451.825	30	55,99	79,56	2.062.997	17.192
ene-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
feb-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
mar-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
abr-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
may-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
jun-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
jul-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
ago-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
sep-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
oct-06	828.000	956.135	1.784.135	30	58,70	79,56	2.418.156	20.151
nov-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
dic-06	828.000	701.535	1.529.535	30	58,70	79,56	2.073.080	17.276
ene-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
feb-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
mar-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
abr-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
may-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
jun-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
jul-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
ago-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426
sep-07	865.000	747.000	1.612.000	30	61,33	79,56	2.091.158	17.426

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

I.B.L. 10 ÚLTIMOS AÑOS								
Período	I.B.C. Ministerio de Agricultura	I.B.C. Almagrario	Total I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic-Año Anterior	Índice Final Dic Año 2013	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
oct-07	865.000	1.164.232	2.029.232	30	61,33	79,56	2.632.410	21.937
nov-07	865.000	863.719	1.728.719	30	61,33	79,56	2.242.571	18.688
dic-07	865.000	1.013.119	1.878.119	30	61,33	79,56	2.436.379	20.303
ene-08	914.000	877.703	1.791.703	30	64,82	79,56	2.199.134	18.326
feb-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
mar-08	914.000	950.225	1.864.225	30	64,82	79,56	2.288.148	19.068
abr-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
may-08	914.000	920.375	1.834.375	30	64,82	79,56	2.251.510	18.763
jun-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
jul-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
ago-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
sep-08	914.000	912.084	1.826.084	30	64,82	79,56	2.241.334	18.678
oct-08	914.000	1.306.767	2.220.767	30	64,82	79,56	2.725.767	22.715
nov-08	914.000	1.193.170	2.107.170	30	64,82	79,56	2.586.338	21.553
dic-08	914.000	796.000	1.710.000	30	64,82	79,56	2.098.852	17.490
ene-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
feb-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
mar-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
abr-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
may-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
jun-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
jul-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
ago-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
sep-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
oct-09	984.000	1.342.717	2.326.717	30	69,8	79,56	2.652.057	22.100
nov-09	984.000	857.053	1.841.053	30	69,8	79,56	2.098.484	17.487
dic-09	984.000	1.080.244	2.064.244	30	69,8	79,56	2.352.883	19.607
ene-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
feb-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
mar-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
abr-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
may-10	1.004.000	1.031.731	2.035.731	30	71,2	79,56	2.274.758	18.956
jun-10	1.004.000	1.031.740	2.035.740	30	71,2	79,56	2.274.768	18.956
jul-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
ago-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
sep-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
oct-10	1.004.000	1.357.251	2.361.251	30	71,2	79,56	2.638.499	21.987
nov-10	1.004.000	1.250.767	2.254.767	30	71,2	79,56	2.519.512	20.996
dic-10	1.004.000	882.765	1.886.765	30	71,2	79,56	2.108.301	17.569
ene-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
feb-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
mar-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
abr-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
may-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

I.B.L. 10 ÚLTIMOS AÑOS								
Período	I.B.C. Ministerio de Agricultura	I.B.C. Almagrario	Total I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic-Año Anterior	Índice Final Dic Año 2013	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
jun-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
jul-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
ago-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
sep-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
oct-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
nov-11	1.036.000	910.749	1.946.749	30	73,45	79,56	2.108.691	17.572
dic-11	1.036.000	1.105.231	2.141.231	30	73,45	79,56	2.319.351	19.328
ene-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
feb-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
mar-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
abr-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
may-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
jun-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
jul-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
ago-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
sep-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
oct-12	1.074.000	1.598.347	2.672.347	30	76,19	79,56	2.790.549	23.255
nov-12	1.074.000	1.414.325	2.488.325	30	76,19	79,56	2.598.387	21.653
dic-12	1.074.000	944.720	2.018.720	30	76,19	79,56	2.108.011	17.567
ene-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
feb-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
mar-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
abr-13	1.101.000	1.248.749	2.349.749	30	78,05	79,56	2.395.209	19.960
may-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
jun-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
jul-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
ago-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
sep-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
oct-13	1.101.000	1.327.887	2.428.887	30	78,05	79,56	2.475.878	20.632
nov-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
dic-13	1.101.000	986.666	2.087.666	30	78,05	79,56	2.128.055	17.734
ene-14	1.122.000	1.016.266	2.138.266	30	79,56	79,56	2.138.266	17.819
feb-14	1.122.000	1.016.266	2.138.266	30	79,56	79,56	2.138.266	17.819
mar-14	1.122.000	1.016.266	2.138.266	30	79,56	79,56	2.138.266	17.819
abr-14	1.122.000	1.016.266	2.138.266	23	79,56	79,56	2.138.266	13.661
Días				3600	I.B.L.			2.177.085
					Tasa de Reemplazo			90%
					Valor Mesada Año 2014			1.959.376

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

INCREMENTO MESADA		
Período	I.P.C.	Valor Mesada pensión
2014	3,66	1.959.376
2015	6,77	2.031.089
2016	5,75	2.168.594
2017	4,09	2.293.288

5.3. Como quiera que, el monto pensional resulta superior al establecido por el Juzgado, corresponde entonces modificar la sentencia recurrida, porque la parte demandante la apeló con el objeto de obtener una reliquidación con un monto mayor.

6. Retroactivo pensional y excepción de prescripción

6.1. El Juzgado no accedió al retroactivo pensional, porque no quedó acreditado que el MINISTERIO DE AGRICULTURA haya dejado de pagar el mayor valor de la pensión convencional.

6.2. Por su parte, el vocero judicial del demandante expone que, al no reconocerse el retroactivo pensional a su patrocinado, ello genera un enriquecimiento sin causa para el MINISTERIO DE AGRICULTURA y para ALMAGRARIO, porque la pensión de vejez que le fue reconocida fue a causa de aportes realizados por la labor que él desempeñó. Asimismo, aduce que este Tribunal, en caso similar,

concretamente el promovido por JORGE SIMÓN MONTES CAUSIL, también contra las aquí demandadas, le reconoció a ese demandante el retroactivo pensional, mediante sentencia de 16 de agosto de 2019, rad. 2018-00059 (M.P. Dr. Carmelo Del Cristo Ruiz Villadiego).

6.3. En lo concerniente a este punto, ha de puntualizarse primero que, en el caso, está fuera de discusión que la pensión convencional que el MINISTERIO DE AGRICULTURA reconoció al actor, es compartible y no compatible con la de vejez, y, por lo mismo, éstas no son acumulativas o concurrentes, lo que significa que el demandante no tiene derecho a devengar ambas prestaciones. Es esta la razón por la cual, en las pensiones compartibles, cuando son sustituidas por la de vejez, el retroactivo pensional de ésta última, es a favor del empleador jubilante si siguió pagando la pensión de jubilación más allá de la fecha de causación de la pensión de vejez. Así que, el destinatario del referido retroactivo no está en función de quién pagó los aportes en pensión para que el trabajador o afiliado lograra cumplir con el requisito de la densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, sino devolver o compensar al empleador jubilante el pago de las mesadas pensionales que siguió haciendo más allá de la fecha en que debió ser subrogado en esa obligación por la administradora de pensiones.

6.4. Pues bien; en el caso, ha de partirse de la base que, como quiera que la reclamación de la reliquidación de la pensión de vejez la presentó el actor el 10 de diciembre de

2018 (Así lo dice la Resolución SUB 70464 del 21 de marzo de 2019), ello significa que las eventuales diferenciales pensionales causadas hasta el 10 de diciembre de 2015, estarían prescritas.

6.5. Ahora, en cuanto al retroactivo pensional conformado por las diferencias pensionales no prescritas, es decir, las causadas a partir del 10 de diciembre de 2015, cabe señalar que, para determinar si ello es a favor del actor o del MINISTERIO DE AGRICULTURA, o en qué parte a favor del uno y en qué parte a favor del otro, habría que establecerse el quantum de la suma que ese ente nacional, continuó pagando al demandante por concepto de mayor valor de la pensión convencional con respecto a la de vejez, o la prueba de que no continuó pagándole al demandante ninguna parte de esa pensión extralegal.

Entonces, el tema aquí es de índole probatorio, mas no que en esta ocasión se esté contrariando algún precedente de este Tribunal, sino que al actor le incumbía la carga de probar que el MINISTERIO DE AGRICULTURA, dejó de pagarle alguna parte de la pensión convencional (el mayor valor con respecto a la de vejez), o, si es del caso, probar el quantum del pago que viene haciéndole ese Ministerio por concepto del susodicho mayor valor, a fin de establecer si tiene derecho el demandante a recibir, en todo o en parte, el retroactivo suscitado por las diferencias pensionales.

6.6. Con todo, si se proyecta el monto de la pensión de jubilación hasta la fecha, el mismo resulta superior al monto

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

de la pensión de vejez, lo que cabría inferir que el empleador jubilante, esto es, el Ministerio de Agricultura ha debido continuar pagando el mayor valor, evento en el cual el retroactivo pensional por las diferencias pensionales derivadas entre la liquidación de la pensión de vejez realizada por COLPENSIONES y la realizada por esta Sala, sería para el mencionado Ministerio. Esto lo refleja la siguiente tabla explicativa:

INCREMENTO DE MESADAS PENSIONALES				
Período	I.P.C.	Valor Mesada de Jubilación	Valor Mesada Tribunal	Valor Mesada Colpensiones
2014	3,66	1.988.009	1.959.376	1.109.615
2015	6,77	2.060.770	2.031.089	1.150.227
2016	5,75	2.200.284	2.168.594	1.228.097
2017	4,09	2.326.801	2.293.288	1.298.713
2018	3,18	2.421.967	2.387.084	1.351.830
2019	3,80	2.498.985	2.462.993	1.394.818
2020	1,61	2.593.947	2.556.587	1.447.822
2021		2.635.709	2.597.748	1.471.131

Dicho lo anterior, la Sala confirmará la decisión del A quo de no condenar a COLPENSIONES a pagar retroactivo pensional, y, por sustracción de materia, no hay lugar a dilucidar la procedencia del pago de intereses moratorios.

7. Las costas de la primera instancia

7.1. COLPENSIONES y ALMAGRARIO se opusieron a todas las pretensiones de la demanda y propusieron excepciones de mérito.

7.2. Como quiera que las pretensiones frente a COLPENSIONES prosperaron sólo parcialmente, es razonable la decisión del A quo de no impartirle condena en costas (Vid. CGP, art. 365-5°).

7.3. En lo que respecta a ALMAGRARIO, las pretensiones en su contra, prosperaron en su totalidad, y habida cuenta que la condena en costas no está sujeta a parámetros de buena fe, no es dable revocar dicha condena (Vid. CGP, art. 365-1° y sentencias SL4650-2017, SL4092-2018, SL8771-2015 y SL727-2013).

8. Costas de esta segunda instancia

Comoquiera que todas las partes apelaron y a ninguna de ellas le prosperó su recurso, por lo menos, de forma total, la Sala no impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (Vid. CGP, art. 365-5° y 8°).

VII. DECISIÓN

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

Radicación 23-001-31-05-003-2019-00276-01. Folio 128-2021.

República de Colombia y por autoridad de la Ley,
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **numeral quinto** de la sentencia de la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia, en el sentido que, el monto de la mesada inicial para el 23 de enero de 2014, es de \$1.959.376.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**

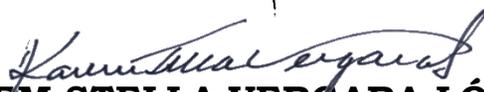


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

Radicación nº 23-001-31-05-003-2019-00276-01	1
<i>Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual</i>	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda.....	1
2. Trámite y contestación a la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante.....	3
2. Apelación de Almagrario S.A.....	4
3. Apelación de Colpensiones	5
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales - ausencia de vinculación al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	5
2. Problema jurídico	6
3. Hechos no discutidos en el proceso.....	7
4. Derecho del actor a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.....	9
5. La reliquidación de la pensión de vejez	15
6. Retroactivo pensional y excepción de prescripción.....	19
7. Las costas de la primera instancia.....	23
8. Costas de esta segunda instancia	23
VII. DECISIÓN.....	23
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	24



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 129-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-002-2016-0385-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de abril de 2.021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por IVAN DE JESÚS CÁRDENAS CHIMA en contra de FUNDACIÓN AMIGOS DE LA SALUD.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

Pide el actor se declara la responsabilidad de la demanda por la terminación unilateral y sin justa causa del

contrato de prestación de servicios que celebró con ella, y, en consecuencia, se le condene al pago de la indemnización de los perjuicios de pérdida de oportunidad económica y lucro cesante, los intereses y costas del proceso.

1.2. Los hechos

Como causa petendi, en resumen, se aduce que, el demandante prestó sus servicios profesionales de médico a la demandada, pero ésta en agosto de 2015, cuando el contrato se había prorrogado automáticamente y faltaban 7 meses para su expiración, lo dio por terminado sin mediar ninguna causa específica.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada se opuso y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia del incumplimiento, cobro de lo no debido, mala fe, pago, compensación, indebida tasación de los perjuicios y falta del nexo de causalidad.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma concentrada. En la última, se recibieron los testimonios de ELIZABETH TORRES PÉREZ y LAURA VICTORIA GALVAN ROJAS, solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA

Con esta el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar que no se acreditó la terminación del contrato, y, en gracia de discusión, tampoco los perjuicios ocasionados con la supuesta terminación; que, para probar éstos, se debió demostrar manera precisa y concreta el valor de los honorarios que dejó de percibir.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial del demandante, en apretada síntesis, arguye que es excesiva la carga de la prueba que se impone al demandante, pues, aduce, no estar de acuerdo que a éste se le atribuya la carga de acreditar la inexistencia del vínculo faltando 7 meses para su terminación, como tampoco lo iba a recibir durante ese tiempo, ya que, afirma, ello es imposible, y, por ende, hace el ejercicio de tomar lo que venía devengando el demandante y tasarlo mes por mes.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si quedó acreditado la terminación del contrato de prestación de servicios de forma anticipada, a instancia exclusiva de la parte demandada y sin justificación alguna; y, de ser así, **(ii)** la certeza y cuantía de los perjuicios invocados.

3. Falta de acreditación de la terminación anticipada del contrato a instancia de la parte demandada

3.1. El A quo arguye que la parte demandante no acreditó que la demandada haya terminado de forma anticipada el contrato de prestación de servicios del actor, sino que éste decidió continuar prestando su actividad a aquélla –a la demandada–, a través de una persona jurídica, esto es, FUNSOCOR, a fin de liberarse de la retención en la fuente.

3.2. Frente a lo anterior, el vocero judicial de la parte demandante simplemente aduce que resulta excesivo imponerle al demandante la carga de probar la terminación del contrato faltando siete (7) meses para su finalización.

3.3. Lo anterior no es de recibo. La terminación de un contrato a instancia exclusiva o unilateral de las partes, no es un hecho difícil ni mucho menos imposible de probar, máxime cuando en el ordenamiento procesal hay libertad probatoria y libre convencimiento del juez (CPTSS, art. 51 y

61), y aquél hecho no está sometida a ninguna exigencia o prueba ad solemnitatem; otra cosa es que, para acreditar ese hecho, que es de cardinal importancia de cara lo pretendido, en la demanda sólo se haya pedido la declaración de parte de la demandada, cuyo resultado no arrojó confesión alguna, en tanto que las demás pruebas (documentales aportadas y peritaje pedido), no apuntaban a evidenciar el hecho en comentario (terminación unilateral del contrato por parte de la demandada), sino el haber existido dicho contrato, sus condiciones, remuneración y los perjuicios.

Recuérdese que, conforme al artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (Vid. Sentencia **SL3865-2020**, de ahí que sí la indemnización de perjuicios reclamada con la demanda se hincó en la terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la demandada, indiscutiblemente que éste hecho no debió escapar de la actividad probatoria que le incumbía al actor.

En contraste, lo que hay es que la parte demandada, con los testimonios de ELIZABETH TORRES PÉREZ y LAURA VICTORIA GALVAN ROJAS, sí acreditó que el demandante declinó de ejecutar el contrato de prestación de servicios que había celebrado directamente con la convocada, para prestarle a ésta sus servicios profesionales, a través de una persona jurídica, esto es, FUNSOCOR, a fin de liberarse de la retención en la fuente.

Dicho lo anterior, resulta intrascendente adentrarse en el otro reparo de la apelación, el atinente a la imposibilidad de acreditar los honorarios que dejaría de percibir el actor durante el tiempo faltante del contrato de prestación de servicios, habida cuenta la falta de acreditación de la terminación de dicho contrato a instancia de la demandada, es suficiente para confirmar la negación de las pretensiones de la demanda, por ser ese hecho un pivote fundamental de dichas súplicas.

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

4. Costas

Dado que no réplica alguna al recurso de apelación, se estima que no se causaron costas en el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°), por ende, no se impondrá condena por este concepto.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Rad. 23-001-31-05-002-2016-0385-02. Folio 129-2021.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 129-2021.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2016-0385-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
1.1. Las pretensiones.....	1
1.2. Los hechos	2
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA.....	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico	4
3. Falta de acreditación de la terminación anticipada del contrato a instancia de la parte demandada	4
4. Costas	6
VII. DECISIÓN	6
RESUELVE:	6
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	7



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado sustanciador

FOLIO 135-2021

Radicación nº 23-001-31-05-002-2020-00119-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra a la sentencia del 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELLA PATRICIA GOMEZ AVENDAÑO y la sociedad demandada EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD “EMDISALUD ESS EN LIQUIDACIÓN FORZOSA”.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pide la actora que se declare la existencia de un contrato de trabajo, que cobró vigencia del 25 de junio de 2018 al 25 de julio de 2019, y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las prestaciones salariales, sociales, indemnizaciones y demás rubros señalados en la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a la misma, y formuló las excepciones de mérito que denominó: *pago parcial, buena fe, no configuración del despido y prescripción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma separada. En la última, se practicó el interrogatorio de parte al agente liquidador de la demandada y se recibieron los testimonios de MAURICIO JAVIER GOMEZ AVENDAÑO y SHIRLEY CECILIA MEJIA DIAZ, solicitados por la para demandante.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, concretamente, en lo que interesa para dilucidar la apelación, se condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, al desestimar la crisis económica de la demandada como eximente de dicha sanción, pero sí limitarla hasta cuando se inició el proceso de liquidación de aquélla.

Asimismo, tuvo en cuenta los pagos parciales efectuados por la demandada que se acreditaron en el proceso, los cuales dedujo de las liquidaciones de las respectivas acreencias laborales.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, aduce el apoderado de la demandada, que no debió condenarse a la demandada a pagar la sanción moratorio del artículo 65 del CST, pues ha actuado de buena fe, sólo que, por su crisis económica, no ha podido cumplir con el pago total de los derechos laborales de la demandante. Así mismo, aduce que no se tuvieron en cuenta los pagos efectuados correspondiente a la liquidación de la anualidad del 2018.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presente los presupuestos de eficacia y validez del proceso, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, a causa de la crisis económica de la demandada; y, **(ii)** si el A quo no tuvo en cuenta todos los pagos parciales efectuados por la demandada correspondiente a la anualidad del 2018.

3. La crisis económica del empleador como eximente de la sanción moratoria del art. 65 del CST

3.1. El A quo estimó que la crisis económica de la demandada, per se, no es suficiente para excluir la sanción moratoria en mención.

3.2. A su turno, el apoderado de la actora muestra inconformidad con lo anterior, al argüir que la crisis económica sí acredita la buena fe, pues a causa de la misma es que no aquélla no ha podido hacer el pago total de las acreencias, y sí pagos parciales de las acreencias laborales cuyo reconocimiento no ha negado la demandada.

3.3. La Sala encuentra que la razón le asiste al A quo, porque, en efecto, la sola crisis económica no es suficiente o per se para excluir la sanción moratoria en comentario, ya que, como lo ha señalado la la Honorable Sala de Casación Laboral, ante las dificultades económicas del empleador, no basta, incluso, la acreditación de su acogimiento a mecanismos legales, como, por ejemplo, procesos de insolvencia, reorganización o liquidación, sino que «es

menester acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso[s] para probar su buena fe» (Vid. Sentencia SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, reiterada en las sentencias SL1746-2021, SL1186-2019 y SL16884-2016, entre otras).

Y, en el caso, se observa que la terminación del contrato de trabajo se produjo el 24 de junio de 2019, es decir, antes de la iniciación del proceso de liquidación de la demandada, lo cual aconteció mediante Resolución No. 008929 del 2 de octubre de 2019 de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que el inicio de ese trámite de liquidación no es de recibo para excluir la sanción moratoria en estudio, ya que, como lo recordara el A quo, la Honorable Sala de Casación Laboral, en situaciones como la dibujada, para justificar dicha sanción ha establecido que *«la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores»*, sino que:

“la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo”.

3.4. Es que, además, la buena fe en estos casos no la configura la dificultad de pagar los salarios y prestaciones sociales, sino la creencia honesta fundada en razones

objetiva de no deberlos (**Vid. Sentencias SL1595-2020; SL3605-2018; SL, 24 en. 2012, rad. 37288; SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; y, SL, 13 sep. 2018, rad. 7393**).

No obstante, ha aceptado la Corte que la iliquidez del empleador constituya eximente de las sanciones moratorias cuando la misma tenga origen en fuerza mayor o caso fortuito, es decir, en circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad del empleador, la cual no se presume, y, por ende, debe ser acreditado por el deudor. De tal suerte que, por ejemplo, si la crisis económica obedece a deficiente administración, malos manejos de los recursos, o *«por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación»* (**Vid. Sentencias SL1595-2020; SL3605-2018; SL, 24 en. 2012, rad. 37288; SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; y, SL, 13 sep. 2018, rad. 7393**), ello en nada encuadra en la fuerza mayor o caso fortuito.

3.5. En todo caso, la sanción moratoria fue impuesta por el A quo hasta el inicio del proceso de liquidación de la demandada, lo cual también ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, principalmente para empleadores privados (**Vid. Sentencias SL1186-2019, SL3159-2019, SL17579-2017 y SL2833-2017**), razón por la cual la Sala confirmará este punto impugnado de la sentencia inicial, por lo que el reparo de la apelación atinente a la condena en comentario, no prospera.

4. El caso concreto

4.1. Se aduce en la apelación de la demandada que el A quo no tuvo en cuenta todos los pagos parciales efectuados por la demandada y correspondiente a la liquidación de los emolumentos laborales de la anualidad del 2018, pero sin puntualizar qué pagos u abonos específicos pasaron por inadvertidos por el juzgador inicial. Incluso, no concretiza la existencia de algún error en las liquidaciones efectuadas por el sentenciador de primer grado.

4.2. No obstante, la Sala observa que todos los pagos parciales que aparecen demostrados, sí fueron tenidos en cuenta por el A quo, y esto consta muy explícitamente en las tablas explicativas que aparecen consignadas en el acta de la audiencia de juzgamiento, cuales son las siguientes (destaca la Sala los pagos reconocidos):

CESANTÍAS			
AÑO	SALARIO	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2018	\$ 869.000	186	\$ 448.983
2019	\$ 950.000	174	\$ 459.167
TOTAL			\$ 908.150
PAGADO A DTE	archivo ELLA GOMEZ AVENDAÑO SOPORTE PAGO COLFONDOS PDF	Cesantías año 2018	\$ 493.089
TOTAL ADEUDADO			\$ 415.061

INTERESES DE CESANTÍAS			
AÑO	CESANTÍAS	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2018	\$ 448.983	186	\$ 27.837
2019	\$ 459.167	174	\$ 26.632
TOTAL			\$ 54.469
PAGADO A DTE	Archivo 2DA Q NOV18 + 1RA Q DIC18 + INT CESANTÍAS 2018 020-NC-001669 PDF	intereses cesantías 2019, pagadas el 31 de enero de 2019	\$ 20.855
TOTAL ADEUDADO			\$ 33.614

PRIMA DE SERVICIOS			
AÑO	SALARIO	DÍAS LABORADOS	TOTAL
2018	\$ 869.000	186	\$ 448.983
2019	\$ 950.000	174	\$ 459.167
TOTAL			\$ 908.150
PAGADO A DTE	archivo PRIMA JUN2018-020-NC 001501 PDF	Prima de servicios junio 2018	\$ 15.954
	archivo PRIMAS DIC 2018 020-NC 001619 PDF	Prima de servicios diciembre 2018	\$ 476.160
TOTAL ADEUDADO			\$ 416.036

Así las cosas, no ve motivo la Sala para modificar las liquidaciones efectuadas por el A quo.

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

5. Costas

Dado que no réplica alguna al recurso de apelación, se estima que no se causaron costas en el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°), por ende, no se impondrá condena por este concepto.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00119-01. Folio 135-2021.

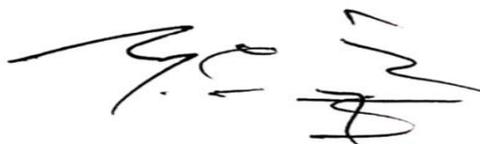
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado

(Impedimento aceptado)

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 135-2021.....	1
Radicación nº 23-001-31-05-004-2019-00250-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico	4
3. La crisis económica del empleador como eximente de la sanción moratoria del art. 65 del CST.....	4
4. El caso concreto	7
5. Costas	8
VII. DECISIÓN	8
RESUELVE:	8
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	9
LOS MAGISTRADOS	9
MARCO TULLIO BORJA PARADAS.....	9



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 142-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00033-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por ambas demandadas, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de las mismas, con respecto a la sentencia de 13 de abril de 2.021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARCIANA VIDES HERNÁNDEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES – COLPENSIONES– y ELBA MORALES CASTILLEJO.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

La actora pide el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 23 de enero de 2017, por el fallecimiento de su compañero ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA, e intereses moratorios.

1.2. Los hechos

Como causa petendi, en resumen, se aduce que, ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA (QEPD) disfrutaba de pensión de vejez reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución # 2014 de 1996, pero falleció el 23 de enero de 2017. La actora y el mentado causante convivieron en unión marital de hecho desde el 14 de marzo de 1977 hasta el día de su fallecimiento. Pidió a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pero esa entidad, mediante Resolución SUB 90007 del 6 de junio de 2017, negó esa solicitud, arguyendo que aquéllos se habían separado en el año de 1974. También reclamó la pensión de sobreviviente ELBA MORALES CASTILLEJO.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: *Falta de causa jurídica, inexistencia del derecho y*

la obligación, improcedencia de cobro de intereses moratorios y prescripción. Su turno, la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO, no contestó la demanda.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma concentrada, y, en la última, se recibieron los testimonios de ENILDA MARÍA CHAVEZ NIETO, EDUIN GUTIÉRREZ SEGOVIA y VICTOR VIDES HERNÁNDEZ, solicitados por la parte demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

Accede a las pretensiones de la demanda, al estimar que la actora sí convivió con el finado ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA, por más de 5 años, hasta el fallecimiento de éste, 23 de enero de 2017, por lo que, a partir de esa fecha dispuso para la actora el disfrute de la pensión de sobreviviente, estableciendo como retroactivo pensional hasta el 30 de marzo de 2021, la suma de \$72.667.631,85, y, a partir del 1° de abril de 2021, una mesada pensional de \$1.353.711,85. Dispuso además la indexación de las condenas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Aduce que se debió condenar a intereses moratorios, porque, a pesar que otra persona distinta a la demandante reclamó también la pensión de sobreviviente,

COLPENSIONES debió, entonces, constituir un depósito judicial para que las sumas dinerarias generaran intereses hasta cuando la jurisdicción decidiera sobre el titular del derecho pensional debatido.

2. Apelación de Colpensiones

Expone que se acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y que no debió ser condenada en costas, porque no le era dable reconocer la pensión de sobreviviente, ya que otra persona también reclamaba la titularidad de esa prestación.

3. Apelación de la demandada Elba Morales Castillejo

Mostró inconformidad con la condena en costas, arguyendo precaria condición económica y el hecho de no haber contestado la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó alegaciones de conclusión exponiendo argumentaciones que guardan identidad con lo esbozado en la sustentación de la apelación.

A su turno, el apoderado de la parte demandante hizo alegaciones tendientes a que el fallo inicial sea confirmado.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por ambas demandadas, como también el grado jurisdiccional que se surte a favor de COLPENSIONES.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si MARCIANA VIDES HERNÁNDEZ (demandante) y/o ELBA MORALES CASTILLEJO (demandada), tienen derecho a la pensión de sobreviviente del fallecido pensionado ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA; de ser así, **(iii)** la fecha de disfrute, **(iv)** la excepción de prescripción; **(v)** el monto, número de mesadas y retroactivo pensional; y, **(vi)** los intereses moratorios.

Para efectos de resolver los primeros interrogantes, se deberá establecer la normatividad aplicable al derecho pensional invocado.

3. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado

La normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (**Vid. Sentencias SL1994-2019 y SL15965-2016**). Por tanto, como el causante ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA, falleció el 23 de enero de 2017 (Vid. Certificado de defunción, fl.14), la normatividad aplicable para establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le fueron introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

3. Respecto a si la demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes y, en caso afirmativo, fecha de disfrute

3.1. De acuerdo al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes figura el compañero(a) permanente, quien debe acreditar convivencia al momento de la muerte del causante y dentro de los cinco (5) años anteriores. Bajo tal circunstancia, tendría la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia si contaba con 30 años de edad a la fecha del fallecimiento, o, en caso contrario, en forma temporal.

3.2. Pues bien, de los testimonios de ENILDA MARÍA CHAVEZ NIETO, EDUIN GUTIÉRREZ SEGOVIA y VICTOR VIDES HERNÁNDEZ, quienes fueron claros, contestes, responsivos y con fuente de sus dichos atendibles, se desprende que la demandante convivió con la causante hasta el día del fallecimiento de ella y por espacio mayor a los 5 años requeridos.

3.3. También acreditó la actora con el respectivo certificado de registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía (fls.15 y 16), haber tenido más de 30 años de edad para la fecha del fallecimiento de la causante, pues nació el 8 de marzo de 1956.

3.4. A su turno, la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO, por el contrario, no demostró con ninguna prueba los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Es que, incluso, no contestó la demanda.

Por consiguiente, ha de tenerse a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia.

4. Fecha de disfrute de la pensión y excepción de prescripción

4.1. La fecha de causación y disfrute de la pensión de sobreviviente lo es la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado causahabiente (**Vid. Sentencia SL1019-2021**), es decir, en este caso lo es desde el 23 de enero de 2017.

4.2. Ahora, en cuanto a la prescripción, se tiene que la demandante efectuó la reclamación administrativa dentro de los tres años siguientes al fallecimiento del causahabiente, puesto que dicha reclamación le fue negada por COLPENSIONES el 6 de junio de 2017 (Resolución SUB 90007), y, asimismo, dentro de los tres años siguientes a esta resolución, concretamente el 6 de febrero de 2018, la actora presentó la demanda génesis del presente proceso, cuya admisión le fue notificada a COLPENSIONES dentro del año siguiente, ya que ésta contestó la demanda el 5 de marzo de 2018 (fl.36). luego, es claro que no están prescritas las mesadas pensionales, porque no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, fue interrumpido oportunamente.

5. Monto, número de mesadas y retroactivo pensional

5.1. Dado que la pensión de sobreviviente se causa por la muerte de un pensionado, el monto de aquélla lo viene a ser el 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

Por consiguiente, como el finado ENRIQUE CARLOS ACUÑA VILLANUEVA disfrutaba, para la data de su fallecimiento, una pensión equivalente a \$1.195.055, con 14 mesadas, ello significa que la demandante tiene derecho a ese mismo número de mesadas, siendo el monto de la mesada pensional para el presente año de \$1.353.711,85, tal como lo estableció el A quo, dado los reajustes legales.

5.2. No encuentra reparos la Sala al monto del retroactivo pensional establecido por el A quo, esto es, la suma de \$72.667.631,85, y, a partir del 1° de abril de 2021, una mesada pensional de \$1.353.711,85, pues el mismo se dedujo del 100% de la pensión que disfrutaba el pensionado causahabiente, lo que se ajusta a lo preceptuado en el inciso 1° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, omitió el A quo disponer la aplicación del descuento de los aportes al SGSS en salud, razón por la cual se hará la adición respectiva a la sentencia bajo lupa.

6. Los intereses moratorios

6.1. El A quo negó la condena a intereses moratorios, porque a COLPENSIONES no le era dable reconocer la pensión de sobreviviente, ya que, al existir controversia sobre la titularidad de la misma, la decisión le correspondía a la autoridad jurisdiccional.

Lo anterior tiene respaldo en la jurisprudencia reiterada de la Honorable Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencias SL2004-2021, SL1969-2021, SL1389-2021, SL2069-2020, SL229-2020, SL5362-2019, SL4103-2019, SL14528-2014 y SL, 21 sep. 2010, rad. 33399).

8.2. Sin embargo, el apoderado judicial de la demandante protesto por la negación de dichos intereses, alegando que, en los casos de controversia entre aspirantes

a la pensión de sobreviviente, las administradoras de pensiones también deben realizar un depósito judicial, a fin de que los dineros vayan generando intereses.

Al respecto, cabe señalar que, en primer término, los intereses moratorios del artículo 43 de la Ley 100 de 1993, además del componente indexatorio, tiene otro de carácter resarcitorio (**Vid. Sentencias SL2004-2021, SL751-2019, SL14269-2014, SL, 23 sep. 2002, rad. 18512**), es decir, indemnizatorios de perjuicios por la mora o retardo, por ende, constituyen una tasación *legal* de perjuicios por el incumplimiento tardío de obligaciones dinerarias.

En ese orden de ideas, no ha de perderse de vista que la controversia entre beneficiarios de la pensión supérstite no se la inventa la administradora de pensiones, por ende, no es de recibo predicar en tales eventos, un incumplimiento tardío de la obligación de reconocer y pagar la mentada pensión. Es por esto, que la satisfacción a su cargo de esta prestación lo debe ser sólo con corrección monetaria, mas no con el componente indemnizatorio por la mora.

Dicho lo anterior, la Sala no acoge el reparo de la apelación de la parte demandante.

7. Respecto a las excepciones de la parte demandada

7.1. La demandada propuso las excepciones de mérito que denominó: *Falta de causa jurídica, inexistencia del*

derecho y la obligación, improcedencia de cobro de intereses moratorios y prescripción.

7.2. Al respecto, simplemente cabe reiterar las consideraciones que se han expuesto para justificar y concluir que las mentadas excepciones no prosperan, salvo la atinente a la improcedencia de cobro de intereses moratorios, que, como quedó expuesto en el anterior ítem de esta parte motiva (el 7), tales intereses no fueron impuestos en la sentencia revisada.

8. Costas de la primera instancia

8.1. En cuanto esta condena a COLPENSIONES, ha de mantenerse, porque, a pesar de que en sede administrativa no le correspondía conceder el derecho invocado a la demandante, dado que otra persona (ELBA MORALES) también lo reclamaba, lo cierto es que en este proceso dicha entidad pensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y hasta propuso excepciones de fondo. Por tanto, resultó ser una parte vencida en el proceso, lo que la hace merecedora de la condena susodicha (CGP, art. 365-1°).

8.2. En cuanto a la condena en costas a la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO, ha de revocarse, porque no replicó la demanda, por ende, se estiman no causadas aquéllas (CGP, art. 365-8°).

9. Conclusión

Corolario de todo lo dicho, es que hay lugar: (i) a adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, a efectos de autorizar a COLPENSIONES a realizar los descuentos para los aportes de salud, de las condenas al pago de mesadas y retroactivo pensional. Asimismo, (ii) a modificar el numeral sexto, a fin de excluir de la condena en costas a la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO.

9. Costas de esta instancia

No se impondrá condena en costas en esta segunda instancia, porque las apelaciones de COLPENSIONES y de la demandante, no prosperaron; y, en cuanto a la apelación de la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO, ninguna de las partes se opuso a ese recurso (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** para que, del retroactivo pensional reconocido efectúe la respectiva deducción por aportes de

Rad. 23-001-31-05-001-2018-00033-01. Folio 142-2021.

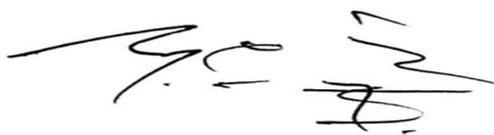
salud y lo transfiera a la EPS en la que la demandante se encuentre afiliada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: MODIFICAR el **numeral sexto** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de excluir de la condena en costas a la demandada ELBA MORALES CASTILLEJO.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 142-2021.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00033-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
1.1. Las pretensiones.....	2
1.2. Los hechos	2
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA.....	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante.....	3
2. Apelación de Colpensiones	4
3. Apelación de la demandada Elba Morales Castillejo	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Problema jurídico	5
3. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado	6
3. Respecto a si la demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes y, en caso afirmativo, fecha de disfrute.....	6
4. Fecha de disfrute de la pensión y excepción de prescripción.....	7
5. Monto, número de mesadas y retroactivo pensional.....	8
6. Los intereses moratorios.....	9
7. Respecto a las excepciones de la parte demandada.....	10
8. Costas de la primera instancia	11
9. Conclusión	11
9. Costas de esta instancia	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	12
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	13



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 150-2021

Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00058-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JULIA ELIDA CASTAÑO NIETO contra ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe

asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; y, que se está afectando la sostenibilidad del sistema.

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad con la condena a devolver los gastos de administración, porque a causa de la administración se produjeron los rendimientos financieros, y, por ende, esta condena constituye un empobrecimiento sin causa para Protección S.A.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la demandante, presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fueron notificados en estrado de la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

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

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

jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

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

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

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

la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento (**Vid. sentencia STL6360-2021**), sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

3.7. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la

acción de ineficacia del traslado (**Vid. Sentencia STL6360-2021**) que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, salvo a la demandada PORVENIR S.A., porque, a voz del sentenciador inicial, ésta es la última a la que se encuentra afiliada la demandante, y, por ende, es la que actualmente administra la cuenta individual de aquélla –de la demandante–.

Lo anterior no es de recibo, puesto que PORVENIR S.A., a pesar de no ser el último fondo privado al cual se encuentra

afiliado la actora, lo cierto es que también le incumbe devolver los gastos de administración. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL2832-2020**, discurrió:

“Además de lo anterior, emerge como consecuencia que Porvenir S.A. y Protección S.A., deban devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esas administradoras”.

Entonces, como en el caso se resuelve el grado jurisdicción de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia, para condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que la parte demandante estuvo afiliada en ese ente.

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir,

cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

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

6. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a PROTECCIÓN S.A., en favor de la parte demandante. A COLPENSIONES no se condena en costas, porque hay lugar a efectuar una adición a su favor, de la sentencia revisada. A PORVENIR S.A., tampoco se condena en costas, porque no apeló la sentencia (CGP, art. 365).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de PROTECCIÓN S.A., en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

V. DECISIÓN

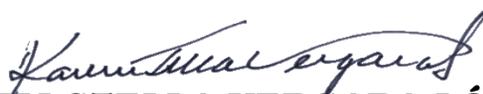
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a POEVENIR S.A. Así mismo, a PROTECCIÓN S.A. también le incumbe pagar la indexación respectiva.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**MAGISTRADOS****MAGISTRADOS****MARCO TULIO BORJA PARADAS****Magistrado****CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO****Magistrado****KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ****Magistrada**

Contenido

FOLIO 150-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00058-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSOS DE APELACIÓN	2
1. Apelación de Colpensiones	2
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	10
6. Costas	11
V. DECISIÓN.....	11
RESUELVE:	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	12



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 153-2021

Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00251-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 5 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CELIA CRUZ RAMOS JALLER contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

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

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad con la condena a devolver los gastos de administración, porque a causa de la administración se produjeron los rendimientos financieros, y, por ende, esta condena constituye un empobrecimiento sin causa para Protección S.A.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la demandante, presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fueron

notificados en estrado de la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es

cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

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

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

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

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

Sentencia SL3901-2020). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento (**Vid. sentencia STL6360-2021**), sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

3.7. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado (**Vid. Sentencia STL6360-2021**) que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

4.2 Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por ende, tampoco hay nada que modificar o revocar en torno a este punto.

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía

de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

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

6. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A., en favor de la parte demandante (CGP, art. 365).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias

en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

La mentada condena en esta segunda instancia, estará a cargo de las demandadas en proporciones iguales (CGP, art. 365-6°).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

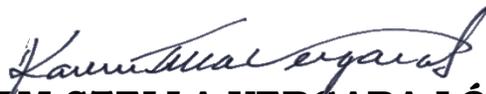
**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 153-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00251-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	10
6. Costas	10
V. DECISIÓN.....	11
RESUELVE:	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	12



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 157-2021

Radicación n° 23-001-31-05-003-2018-00144-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con respecto a la sentencia de 7 de mayo de 2.021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HERNANDO DE JESÚS GARCIA PETRO en contra de la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El demandante pide que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en la Ley 100/1993 e intereses moratorios del artículo 141 ibidem, al señalar que, según dictamen del 31 de mayo de 2018 emanado de la JRCI de Bolívar, padece PCL superior al 50% de origen común y fecha de estructuración 1 de marzo de 2014, y cumplir con la densidad de cotizaciones legalmente requeridas, pero la demandada, mediante resolución SUB 31522 de 2 de febrero de 2019, confirmada con la resolución DPE 722 de 18 de marzo de 2019, negó la pensión pretendida.

2. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: *prescripción, cobro de lo no debido y no contar con dictamen que indique la PCL y origen de la enfermedad.*

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Con esta se declaró no probadas las excepciones de mérito de la parte demandada, condenándola a reconocer y pagar al actor pensión de invalidez conforme a la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 860 de

2003, en cuantía equivalente al salario mínimo legal vigente, a partir del 30 de noviembre de 2015, e intereses moratorios desde el 30 de noviembre de 2015 y hasta cuando se efectúe el pago de las mesadas pensionales adeudadas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

El apoderado del actor aduce que, conforme al principio de favorabilidad, se debe acoger el dictamen más favorable al demandante, esto es, el realizado el 31 de diciembre de 2018 por la JRCI de Bolívar aportado con la demanda, razón por la cual se debió tomar como fecha de estructuración de la PCL el 31 de marzo de 2014.

2. Apelación de Colpensiones

La vocera judicial de COLPENSIONES apeló la sentencia, arguyendo, en apretada síntesis, que el dictamen recaudado en el proceso debió ser acogido integralmente, y, por ende, la fecha de estructuración que este señala, cual es 4 de diciembre de 2019, y, en ese orden de ideas, el actor no cumpliría con la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, razón por la cual se deben negar las pretensiones de la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales presentaron alegaciones de conclusión reiterando las afirmaciones de la sustentación de las respectivas apelaciones.

VI. CONSIDERACIONES:

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presente los presupuestos de eficacia y validez del proceso, razón por la cual se procede a resolver los recursos de apelaciones y el grado jurisdiccional que se surte a favor de COLPENSIONES.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en la apelación y que ha desatarse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez a la luz de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003; y, de ser así, **(ii)** la cuantía de esa pensión, la fecha de disfrute y la excepción de prescripción; **(iii)** si hay lugar a la condena al reconocimiento y pago de intereses moratorios del artículo 141 y a las costas del proceso, a cargo de

COLPENSIONES; y, **(iv)** las demás excepciones de la demandada.

3. El actor cumple los requisitos de la pensión de invalidez

3.1. El artículo 39 de la Ley 100, modificado por el 1° de la Ley 860 de 2003, además de la declaración de invalido, exige que éste haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, cuando la causa de la invalidez sea enfermedad común. Y, según el artículo 38 ibídem, *«se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral»*.

3.2. En cuanto a la PCL por origen común del 50% o más, incluso COLPENSIONES lo acepta en el recurso de apelación, y, en efecto, los dos dictámenes que obran en el presente proceso establecieron ese grado de PCL del demandante, a saber: el realizado el 31 de mayo de 2018 por la JRCI de Bolívar, que señaló la PCL en un 55,70%, con fecha de estructuración 31 de marzo de 2014; y, el dictamen de fecha 10 de marzo de 2020 de la JRCI de Antioquia, que fijó una PCL del 52,81%, con fecha de estructuración 4 de diciembre de 2019.

3.3. Ahora, como puede observarse, los dos dictámenes establecieron fechas de estructuración distintas, y, sobre el particular, el apoderado de la parte demandante, reclama

que se acoja el primer dictamen (el de la JRCI de Bolívar), por virtud del principio de favorabilidad; en tanto que, COLPENSIONES afirma que se debe tener en cuenta la fijada en el segundo dictamen (el de la JRCI de Antioquia), porque si la A quo tuvo en cuenta dicho dictamen, lo debe entonces acoger de forma integral, es decir, no sólo en lo atinente al porcentaje de la PCL, sino también en lo referente a la fecha de estructuración.

3.3. 1. Pues bien, la argumentación del apoderado de la parte actora no es de recibo, porque el principio de favorabilidad o in dubio pro operario, lo ha dicho de forma reiterada la Honorable Sala de Casación Laboral, «*opera frente a un conflicto real en las fuentes de derecho, que **no ante una incertidumbre fáctica***» (CSJ SL, 4 noviembre 2009, radicación 5818, reiterada en la CSJ SL4832-2020, SL3054-2020, SL2524-2020, SL7807-2016 y CSJ SL609-2017). Las negrillas no son del texto.

3.3. 2. Tampoco es de recibo la argumentación de COLPENSIONES, consistente en que el dictamen debe ser acogido integralmente y que, por tanto, no pueda el juez apartarse del mismo en lo atinente a la fecha de estructuración, ya que, en primer término, la Honorable Sala de Casación Laboral ha señalado, por ejemplo, en la sentencia **SL927-2021**:

“Es que tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y **de la fecha de estructuración** de tal suceso, la Corte ha sostenido que

Rad. 23-001-31-05-003-2018-00144-01. Folio 157-2021.

los dictámenes de las juntas de calificación, no obstante su importancia, no representan conceptos definitivos ni inalterables, sino pruebas del proceso que pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el Juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria (CSJ SL29622-2006; CSJ SL27528-2007; CSJ SL35450-2012; CSJ SL44653-2013; CSJ SL16374-2015 y CSJ SL5280-2018)”.

Y, en segundo término, dada la autonomía de los jueces, quienes son los críticos de la prueba pericial y tienen a su cargo la decisión del litigio judicial, es perfectamente posible que puedan desestimar, en todo **o sólo en parte**, una experticia. Así, la Honorable Sala de Casación Civil, en sentencia **SC, 9 sep. 2010, rad. 2005-00103**, reiterada en las **STC3796-2021, STC1304-2021, STC1515-2018 y SC, 16 may. 2011, rad. 2000-00005**, entre muchas otras, discurre:

“[C]orresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, valorar el dictamen pericial, laborío apreciativo en el cual, podrá acoger o no, in toto o en parte las conclusiones de los expertos, sea en su integridad, ora en uno o varios de sus segmentos, conformemente a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos”.

3.3. 3. En el caso, la decisión de la A quo de apartarse de la fecha de estructuración 4 diciembre/2019 fijada por el dictamen de la JRCI de Antioquia, contó con respaldo probatorio, porque otro dictamen pericial anterior, a saber: el de la JRCI de Bolívar señaló como fecha de estructuración el 31 de marzo de 2014, es decir, una fecha muy anterior a la establecida por su homóloga de Antioquia, razón por la

cual la sentenciadora inicial tomó en cuenta también las pruebas de hasta cuándo el demandante dejó de laboral, como lo fue el reporte de semanas cotizadas, para predicar entonces como fecha de estructuración el 30 de noviembre de 2015.

Lo anterior es de recibo por la Sala, porque las pruebas han de ser valoradas en su conjunto, teniendo el juez laboral libertad probatoria en ese laborío para obtener su convencimiento de los hechos (**Vid. CPTSS, art. 51 y 61 y Sentencias SL1393-2021 y SL2804-2020**), no siendo, como se dijo, intocables los dictámenes periciales, y, siendo que, según lo acreditado en el proceso, el demandante continuó laborando más allá de la fecha de estructuración de invalidez que fijó la JRCI de Bolívar (31/03/2014), pero que igualmente dejó de trabajar muchos antes de la fecha de estructuración señalada por la JRCI de Antioquia (04/12/2019), es totalmente razonable concluir como fecha de estructuración de la invalidez aquella a partir de la cual el actor definitivamente no laboró más.

3.4. Entonces, siendo que la fecha de estructuración del actor, tal como lo concluyó la A quo, es el 30 de noviembre de 2015, igualmente cabe predicar el requisito de la densidad de cotizaciones, habida cuenta que, conforme al reporte de semanas cotizadas emanado de COLPENSIONES (fls.11 a 15), aquél cotizó más de las cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Corolario de lo que se ha dicho, es que el demandante, cumple con los requisitos de la pensión de invalidez a la luz de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

4. Monto pensional, fecha de disfrute, prescripción y retroactivo pensional

4.1. El actor tiene derecho a la pensión de invalidez a partir de la fecha de la fecha de estructuración de la invalidez (Vid. Art. 40 Ley 100/93 y sentencias SL1509-2020 y SL619-2013), que, para el caso, como fue señalado, lo es 30 de noviembre de 2015.

4.2. En cuanto a la prescripción de mesadas pensionales, esta excepción de mérito propuesta por COLPENSIONES no queda probada. En efecto, recuérdese que, en tratándose de la pensión de invalidez, por regla general, el término trienal de ese fenómeno extintivo de las obligaciones o de los derechos, se cuenta a partir del dictamen de la PCL (Vid. SL2964-2020, SL3422-2020 y SL5703-2015), y, en el caso, incluso el primer dictamen fue realizado el 31 de mayo de 2018 (fl.18), es decir, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de causación y disfrute de la pensión de invalidez, y, de igual forma, dentro de los tres años siguientes a dicho dictamen, el demandante presentó la reclamación administrativa (20 de octubre de 2018, fl.21) y la demanda fue presentada el día 26 de abril de 2019 (fl.1), la cual fue notificada a la demandada dentro

del término de un año (fl.44), a tal punto que en la misma anualidad del 2019 fue contestada la demanda.

4.3. Con relación al monto pensional, como este fue fijado en la sentencia recurrida en la suma equivalente al SMLMV, no hay lugar a modificar este quantum, por cuanto el accionante se mostró conforme con tal determinación, pues no apeló ese punto, y por tanto, no es dable agravar la situación de COLPENSIONES, a quien, por demás, se surte su favor el grado jurisdiccional de consulta, como tampoco hay lugar a disminuir dicha cuantía pensional, habida cuenta que, de conformidad con los artículos 2 de la Ley 71/1988, 35 de la Ley 100/1993 y al Acto Legislativo 01 de 2005, el valor de la pensión no puede ser inferior al del salario mínimo legal mensual (**Vid. SL16277-2014 y SL10718-2017**).

5. Intereses moratorios

5.1. En cuanto a la condena al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en la sentencia apelada la A quo la fijó a partir del 30 de noviembre de 2015, lo cual se ajusta a derecho, porque, en primer lugar, a esa data ya había culminado el plazo de gracia de los (4) meses con los que cuenta las administradoras de pensiones para reconocer la pensión de invalidez (Vid. Sentencia SL14269-2014), dado que la reclamación la hizo el demandante el 20 de octubre de 2018 (fl.21), aportando dictamen de JCI de Bolívar que acreditaba contar con una PCL superior al 50%.

5.2. Ahora, no es de recibo la argumentación de COLPENSIONES sobre la ineficacia probatoria del aludido dictamen, por el sólo hecho de haberse producido en un proceso en el que esa entidad no fue parte, ya que lo esencial es la contradicción probatoria, y, al respecto, ello tuvo la oportunidad de desvirtuarlo, porque a su conocimiento se le puso de presente.

6. Las excepciones de mérito de Colpensiones

6.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó: *prescripción, cobro de lo no debido y no contar con dictamen que indique la PCL y origen de la enfermedad.*

6.2. La de prescripción no quedó probada, tal como se explicó en el ítem 4.2.

6.3. Las demás excepciones, del estudio realizado en esta providencia para dilucidar el derecho invocado es suficiente para no acoger aquéllas.

7. Descuentos por salud

Hay lugar a adicionar la sentencia consultada, con el objeto de autorizar a COLPENSIONES a efectuar los respectivos descuentos por los aportes al SGSS en salud (**Vid. Sentencia SL3550-2018, SL4438-2017 y SL2756-2017**).

8. Costas

8.1. En cuanto a la condena en costas por la primera instancia, a COLPENSIONES, hay lugar a confirmarla, porque la misma no está atada a análisis de buena fe, sino que se impone a la parte vencida, y en este caso COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito que no prosperaron (**Vid. Sentencia SL4650-2017**).

8.2. No se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia, porque ambas partes apelaron, resultando no próspero tales alzadas (CGP., art. 365-8°).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido que se **AUTORIZAR** a COLPENSIONES, a descontar los aportes al sistema general de seguridad social en salud y transferirlo a la EPS en la que el demandante se encuentra afiliado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Rad. 23-001-31-05-003-2018-00144-01. Folio 157-2021.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREN STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 157-2021.....	1
Radicación n° 23-001-31-05-003-2018-00144-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Contestación y trámite.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.....	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante.....	3
2. Apelación de Colpensiones	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES:	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico	4
3. El actor cumple los requisitos de la pensión de invalidez.....	5
4. Monto pensional, fecha de disfrute, prescripción y retroactivo pensional.....	9
5. Intereses moratorios.....	10
6. Las excepciones de mérito de Colpensiones.....	11
7. Descuentos por salud.....	11
8. Costas	12
V. DECISIÓN.....	12
RESUELVE:	12



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 163-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2019-00104-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES –COLPENSIONES–, con también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 10 de mayo de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUZ MARY DUARTE AYALA contra la recurrente y beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

Pide el actor la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida por el ISS, mediante resolución N°00009772 de fecha 19 de agosto de 2011, de conformidad con el principio de favorabilidad con un monto pensional del 90%, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años, en consecuencia se le reconozca y pague el retroactivo pensional generado por las diferencias causadas desde el reconocimiento del derecho pensional, los intereses moratorios, así mismo al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo conforme a los artículos 21 y 22 del decreto 758 de 1990, junto con los intereses y/o indexación causados desde que se reconoció el derecho pensional hasta que persistan los hechos que le dieron origen, de manera subsidiaria que las condenas de sumas de dinero sean indexadas al momento de su pago, las condenas ultra y extra petita a que haya lugar y se condene en costas y agencias en derecho.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Propuso las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios, inexistencia de norma que reconozca el derecho al*

pago de los incrementos pensionales por personas a cargo y cobro de lo no debido.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma concentrada, recaudándose sólo pruebas documentales.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Con esta se dispuso atenerse a la Resolución SUB59106 de 09 de marzo de 2019, a través de la cual COLPENSIONES resolvió la solicitud de reliquidación que le hiciera la demandante en sede administrativa, condenando, entonces, a esa entidad administradora de pensiones a indexar las mesadas pensionales causadas no pagadas.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La vocera judicial de COLPENSIONES, en apretada síntesis, aduce que no hay lugar a la reliquidación de la pensión, por estar prescrito ese derecho, dado que la pensión de vejez fue reconocida por el ISS el 19 de agosto de 2011, mediante resolución N° 00009772, en tanto que la reclamación administrativa la presentó el 20 de diciembre de 2018.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones de conclusión. COLPENSIONES, exponiendo

argumentaciones que guardan identidad con lo esbozado en la sustentación de la apelación; y, la parte demandante, pidiendo la confirmación de la sentencia de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional que se surte a su favor.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida a la demandante por el ISS, a través de la resolución N°00009772 de fecha 19 de agosto de 2011; y, en caso afirmativo, **(ii)** dilucidar la prescripción y la condena a la demandada de indexar las diferencias pensionales causadas y no pagadas.

3. Solución al problema planteado

3.1. Observa la Sala que, el derecho invocado en la demanda, esto es, la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida a la demandante por el ISS, a través de la resolución N°00009772 de fecha 19 de agosto de 2011,

teniendo en cuenta el promedio de los salarios sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones en los últimos 10 años y no durante toda la historia laboral, fue atendido favorablemente por la misma COLPENSIONES, mediante resolución SUB 59106 de 9 de marzo 2019.

3.2. Asimismo, se advierte que lo que hizo la A quo en la sentencia consultada fue atenerse a la mentada resolución SUB 59106 de 9 de marzo 2019 de COLPENSIONES, con la sola adición de condenar al pago de la indexación de las diferencias pensionales, lo cual se ajusta a derecho, porque aquélla tiene su fuente en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución (**Vid. SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras**).

3.3. Así que, no entiende la Sala la apelación de la apoderada de COLPENSIONES, siendo que, como se dijo, lo que se dispuso en la sentencia recurrida es simple y llanamente acoger la reliquidación efectuada por esa misma entidad administradora de pensiones en la resolución con la que resolvió la solicitud de reliquidación de la pensión que en sede administrativa le formuló la demandada; resolución que es imperativa para dicha administradora, habida cuenta que no ha sido revocada ni declarada nula.

Ni aún por el reparo de la prescripción es atendible la apelación de la demandada, porque, en primer lugar, en la resolución en comentario, COLPENSIONES aplicó la prescripción para las diferencias pensionales causadas hasta

el 20 de diciembre de 2015, es decir, las causadas hasta los 3 años anteriores a la fecha de la reclamación administrativa; y, en segundo lugar, si a lo que se refiere es a la prescripción del derecho a pedir la reliquidación, esto es imprescriptibles (**Vid. Sentencias SL4439-2017, SL8544-2016 y CSJ SL2148-2017**).

Lo dicho se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada y consultada.

4. Costas

Dado que el recurso de apelación de COLPENSIONES, no prosperó y que fue replicado por la parte demandante, hay lugar a condenar a aquélla a pagar a la última las costas de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en la suma equivalente a 1 SMMLV, acorde con lo establecido en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Rad. 23-001-31-05-003-2019-00104-01. Folio 163-2021.

Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

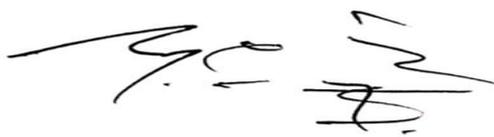
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 163-2021.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2019-00104-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
1.1. Las pretensiones.....	2
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico	4
3. Solución al problema planteado	4
4. Costas	6
VII. DECISIÓN	6
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	7



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 164-2021

Radicado n° 23-001-31-05-005-2020-00119-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIO DE JESÚS RAMOS MARTÍNEZ contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito, en tanto que PORVENIR S.A. no contestó la demanda.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES el traslado de la parte actora al RAIS, fue un acto libre y autónomo; que aquélla le

falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión, no ejerció la facultad de retracto, ni es beneficiario del régimen de transición; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir S.A.

Aduce que Porvenir cumplió con las cargas que imponía la Ley para la fecha del traslado; y, que no hay lugar a devolver los gastos de administración, porque a causa de la administración se produjeron los rendimientos financieros y cabe predicar la prescripción.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fueron notificados en estrado de la sentencia de primera instancia (**Vid. Sentencia SL4430-2014**).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las

administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

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

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible, y, por lo mismo, también lo es las consecuencias de dicha connaturales a dicha ineficacia, entre estas, la devolución de los gastos de administración.

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

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento (**Vid. sentencia STL6360-2021**), sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

3.7. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado (**Vid. Sentencia STL6360-2021**) que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

3.8. También expresa COLPENSIONES que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición. No obstante, la Corte tiene también sentado que, ante el desconocimiento de la libertad informada, la ineficacia del traslado se impone, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse (**Vid. Sentencias STL6422-2021, STL6360-2021 y STL5075-2021, entre muchas otras**).

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por ende, tampoco hay nada que modificar o revocar en torno a este punto.

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores

que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

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

6. Costas

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, se estiman no causadas las costas en el trámite de esta segunda instancia, por tanto, no se impondrá condena al respecto (CGP, art. 365-8°).

V. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA-PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 164-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-005-2020-00119-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSOS DE APELACIÓN	2
1. Apelación de Colpensiones	2
2. Apelación de Porvenir S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	10
6. Costas	10
V. DECISIÓN.....	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	11



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 167-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2019-00416-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 18 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DAVID JOSÉ CONTRERAS ROMERO y FRANCISCO RAFAEL REDONDO MORALES contra ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A.-E.S.P., sucedida procesalmente por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A ESP –FONECA.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Los demandantes pretenden que, como mayor valor a la pensión de vejez que estos disfrutaban, se condene a la demandada a que les reconozca y pague la prima extralegal de 15 días adicionales a las mesadas adicionales que reciben en los meses de junio y diciembre, la cual está prevista en el numeral 6, parágrafo 7, de la CCT 1969 – 1971, y, afirma, es aplicable a los pensionados por virtud del artículo 49 de la recopilación CCT 1965 – 1999.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la empresa ELECTRICARIBE S.A. ESP la contestó, oponiéndose a las pretensiones. Formuló las excepciones de mérito que denominó: *Prescripción* e improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron en forma separada, recaudándose sólo pruebas documentales.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar, en síntesis, que el beneficio

convencional solicitado no se ha hecho extensivo a los pensionados.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales presentaron alegaciones, reiterando las argumentaciones que defienden sus tesis planteadas en la demanda y contestación de la demanda, respectivamente.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si los demandantes, en su condición de pensionados, tienen derecho al beneficio convencional establecido en el parágrafo 7 del artículo 6 del convenio colectivo de trabajo 1966 – 1971, suscrito por la ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. y sus trabajadores. En caso afirmativo, **(ii)** establecer las respectivas diferencias

y retroactivos pensionales, y si hay lugar a condenar al pago de intereses moratorios e indexación.

3. Solución al problema planteado

3.1. El beneficio convencional solicitado por los demandantes, es el consagrado en el parágrafo 7 del artículo 6 del CCT 1966 – 1971, que textualmente expresa:

“La empresa pagará a sus trabajadores, conjuntamente con la prima semestral de servicio, una prima extralegal equivalente a quince (15) días de salario básico y tendrá derecho a ella los que hubieren trabajado todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos tres meses del respectivo semestre”.

3.2. Aduce el vocero judicial de los actores que el beneficio convencional antes señalado, es extensivo a los pensionados, por virtud del artículo 49 de la CCT 1965 – 1999 celebrada entre la ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. ESP y la organización sindical SINTRAELECOL, el cual reza así:

“ARTÍCULO 49o. PRIMA PARA LOS JUBILADOS

A partir de la vigencia de la presente Convención, La ELECTRIFICADORA DE CORDOBA S.A.-E.S.P., se compromete hacer extensivo los beneficios de las primas legales y extralegales, semestrales de servicios para los trabajadores jubilados por la empresa la prima de Navidad que vienen recibiendo los jubilados de acuerdo a la ley cuarta de 1976, no le serán canceladas en caso que la prima legal y extralegal de

servicios sea mayor pero en el caso contrario se reconocerá en el mes de diciembre la prima de Navidad”. (Art. 9 Conv. 1 977-1979)” (Sic).

3.3. Nótese que, la estipulación convencional inmediatamente antes citada, extiende a los pensionados únicamente las primas semestrales de servicios y de navidad, sean legales o extralegales, y, además, fluye de la misma la finalidad de no ser acumulativa o concurrente con otra prestación de igual finalidad, habida cuenta que explícitamente prohíbe dicha acumulación con la prima legal de navidad prevista en la Ley 4 de 1976, disponiendo que se pagará la que sea de mayor valor.

3.4. Pues bien; la Sala estima que no hay lugar a reconocerle a los demandantes el referido beneficio convencional, sea que éste se considere o no como una prima extralegal de servicios.

3.4. 1. En efecto, si se considerarse que es una prima extralegal de servicios, la Honorable Sala de Casación Laboral ha tenido la oportunidad de ocuparse de la interpretación del referido artículo 49 de la CCT 1965 – 1999, celebrada entre la ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A. ESP y la organización sindical SINTRAELECOL, y ha llegado a la conclusión que, si bien hizo extensivo a los jubilados las primas semestrales de servicios, éstas tienen la misma finalidad o son equivalentes a las mesadas adicionales que aparecieron con la Ley 100 de 1993, de manera que no es procedente su pago simultáneo, por cuanto la duplicidad de

prestaciones para una misma contingencia resulta contraria al *principio de unidad* y a los propósitos de la seguridad social (**Vid. Sentencias SL9652-2017, SL19640-2017 y SL716-2018**).

3.4. 2. Y, de considerarse que el beneficio en comentario no es una prima extralegal de servicios, la consecuente conclusión es que, entonces, no sería una prestación extensiva a los jubilados, ya que el mentado artículo 49 de la CCT 1965 – 1999, como quedó señalado, únicamente extiende a los pensionados las primas de servicios y de navidad, legal o extralegales.

3.5, Finalmente, el principio de favorabilidad invocado por el vocero judicial de los demandantes, no es de recibo, porque la interpretación que propone con la demanda y sus alegaciones, no tiene la firmeza o fuerza de ser aceptada, porque, como quedó expuesto, sea la naturaleza que se le dé al beneficio convencional pretendido, el mismo queda excluido bien por el entendimiento que ha dado la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido que habría duplicidad de pago de estimarse que dicho beneficio constituye una prima de servicios o de navidad; o bien por la clara intención y tenor literal del artículo 49 de la CCT 1965 – 1999, en caso de no considerarse que sea una prima de servicio o de navidad, dado que esa estipulación convencional únicamente extiende a los jubilados tales primas.

Así que, a pesar de proponer la parte actora una interpretación contrapuesta, ésta no es de carácter firme fuertemente estructurada para la conclusión que persigue, y, en ese orden de ideas, no resulta de recibo acoger su hermenéutica a la luz del principio de favorabilidad, ya que hay lugar a este frente a dos o más interpretaciones contrapuestas, cuando todas éstas sean «firmes y bien fundamentadas o estructuradas» (**Vid. Sentencias SL2397-2021, SL2395-2021, SL1104-2021, SL5395-2018, SL18110-2016**).

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

5. Costas

Dado que lo resuelto fue el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a condena en costas (CGP, art. 365).

VI. DECISIÓN

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

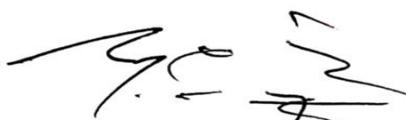
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en este nivel jurisdiccional.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 167-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2019-00287-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	2
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
V. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Solución al problema planteado.....	4
5. Costas	7
VI. DECISIÓN	7
RESUELVE:	7
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	8

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



SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA – LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23-001-31-05-004-2019-00217-01 FOLIO 17-21

A los veintitrés (23) días del mes de agosto del año dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Karem Stella Vergara López, una vez derrotada la ponencia a la H.M KAREM STELLA VERGARA LOPEZ , procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **NELSY DOMINGA LEMUS PACHECO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A** radicado bajo el número **23-001-31-05-004-2019-00217-01 FOLIO 17-21**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación sobre el asunto, como consta en el Acta No. 095 de discusión de proyectos, acogió el presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora NELSY DOMINGA LEMUS PACHECO, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A, a fin de que se declare la

nulidad del acto de afiliación que hiciera al sistema de pensiones en el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, asimismo, se ordene a los fondos privados accionados el traslado del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES con los respectivos rendimientos financieros; y se ordene a la citada administradora de pensiones afiliar a la actora y recibir los ahorros que provengan del RAIS.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que la actora estuvo afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, inicialmente en PROTECCIÓN S.A y luego fue trasladada a Colpensiones, empero, no le suministraron de manera clara y precisa, las consecuencias que acarrearía dicho traslado.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, mediante apoderado judicial, procedió a contestar dicha demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las denominadas Inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de COLPENSIONES.

4. De igual forma, PROTECCIÓN Y COLFONDOS mediante apoderado judicial contestó la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las denominadas: AUSENCIA DE VICIO DE NULIDAD EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE GENERÓ EL TRASLADO DEL RÉGIMEN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y BUENA FE.

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia de fecha febrero 12 de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, negó las pretensiones de la parte demandante por considerar que, para que opere la nulidad de traslado

de fondos, debe existir la certeza de que éste se haya surtido, concluyendo que en el sub lite, de las pruebas documentales, no se desprende que la demandante haya estado previamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida sino que, por el contrario, su afiliación al sistema siempre fue en el RAIS, por lo que no se acredita el traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En el término de ley, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que, erró el a quo al considerar que en el presente caso no debían prosperar las pretensiones deprecadas en el libelo demandatorio, pues, en esta se buscaba era la declaratoria de nulidad del traslado dentro del RAIS, en el entendido que lo que pregona la teoría de la información documentada es precisamente el consentimiento informado que debe tener el afiliado para la elección de uno de los regímenes de pensión es precisamente que los asesores de los fondos privados o en su defecto, el fondo que asesoró el afiliado haya brindado información clara, precisa y veraz que le permitiera elegir de manera libre y espontánea el régimen que mayor conveniencia le representara, frente a ello, es importante resaltar el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que reza a la selección del régimen libre y voluntaria.

Asimismo, expuso que si bien es cierto la actora inicialmente se afilió al RAIS, no es menos cierto que, dentro del expediente a folios 68 y 69 que la actora tuvo una fecha de afiliación, el hecho de que hubiera una multivinculación, no debe afectar los intereses de la demandante dentro del presente proceso.

IV. TRASLADO SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto adiado diciembre 07 de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar, con intervención tanto de la parte demandante como demandada (Colpensiones).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Del recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación.

2. Del problema jurídico.

El problema jurídico en esta instancia gira en torno a verificar lo siguiente:

(i) La procedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial de la parte demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(ii) De salir avante lo anterior, se analizarán las consecuencias de esa ineficacia.

3. Improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Partimos por indicar que, a folio 89 del expediente, encontramos un certificado de Asofondos, en donde consta que la demandante una vez inició su vida laboral se vinculó al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la entonces, COLMENA, el día 20 de junio de 1998, con fecha de efectividad el día 21 del mismo mes y año.

Vinculaciones para : CC 25887808							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1998-06-20	2004/04/16	COLMENA			1998-06-21	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2009-09-30

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Igualmente, se denota de la documental visible a folio 91, que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A-

Asimismo, reposa a folios 21 a 30, las semanas reportadas por la señora LEMUS PACHECO en el RAIS

Ahora bien, insiste el vocero judicial de la parte actora que, inicialmente, ésta tuvo una multifiliación y que ello no puede afectar los intereses de la demandante, sin embargo, si bien es cierto a folio 68 y 69 del plenario, milita una historia laboral expedida por Colpensiones, en donde se indica como fecha de afiliación el día 13 de noviembre de 1998, no lo es menos que, la actora nunca realizó cotizaciones a esta entidad, al detallarse las semanas en cero (0) y con la anotación: “no registra información”.

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	04/08/1966
Número de Documento:	25887808	Fecha Afiliación:	13/11/1998
Nombre:	NELSY DOMINGA LEMUS PACHECO	Correo Electrónico:	
Dirección:	B OBRERO CLL 14 CRA 11	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Asignado al RAI por Decreto 3995/2008		

SIN REGISTRO HISTÓRICO

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS 0,00								
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO ID "TOTAL SEMANAS COTIZADAS") 0,00								

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen **INFORMATIVO** refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

[12]Identificación Empleador	[13]Nombre o Razón Social	[14]Desde	[15]Hasta	[16]Último Salario	[17]Semanas	[18]Lic	[19]Sim	[20]Total
NO REGISTRA INFORMACIÓN								
[21] TOTAL SEMANAS REPORTADAS 0,00								

RESUMEN TIEMPO PÚBLICO SIMULTÁNEO CON TRADICIONAL (67 - 94) Y POST 94

El siguiente resumen refleja los periodos laborados que presentan simultaneidad, es decir aquellos en los que usted prestó servicios para varios empleadores en el mismo periodo de tiempo.

[22]Desde	[23]Hasta	[24]Semanas Simultáneas
NO REGISTRA INFORMACIÓN		
[25] TOTAL SEMANAS SIMULTÁNEAS 0,00		

Lo referido sin duda, da cuenta que en el sub examine no podría pregonarse la nulidad de traslado que se pretende, pues, el querer de la demandante, siempre fue afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así entonces, la actora no realizó ningún tipo de aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no siendo viable hablar de una desinformación por parte de la administradora del

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando sus primeros aportes los hizo efectivamente en ese régimen.

Al respecto, es menester señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria del acto de **traslado** de régimen pensional del RPM al RAIS. (**Vid. Sentencia de fecha 9 septiembre de 2008 radicado No. 31989 MP Dr. Eduardo López Villegas, Sentencia de fecha 09 de septiembre de 2008 radicado No. 31314 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 radicado 33083 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL19447-2017, MP Dr. Gerardo Botero Zuluaga, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2865-2019 y CSJ SL4937-2019, CSJ SL2955-2019, MP. Dr. Ernesto Forero Vargas, CSJ SL4933-2019, MP. Dr. Donald José Dix Ponnefz, CSJ SL1452-2019, CSJ SL2648-2019; CSJSL1688-2019; CSJ SL16892019; CSJ SL2865-2019; CSJ SL2955-2019; CSJ SL4856-2019, CSJ SL5462-2019, MP. Ana María Muñoz Segura, CSJ SL3464-2019, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL4336 de 2020 MP Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero**), De modo que, como se trata de un caso distinto a los dirimidos por la Honorable Corporación, es decir no existen precedentes judiciales que deban ser acatados, no le es dable a la Sala apartarse del derrotero jurisprudencial enmarcado sobre estos asuntos.

Aunado a lo anterior, es plausible memorar la Sentencia STL10357 del 18 de noviembre de 2020 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga en la que en uno de sus apartes expuso:

“(...) en ningún momento el sentenciador de alzada desconoció los precedentes jurisprudenciales que el tutelante referencia, relacionados con los lineamientos que deben tener en cuenta los jueces al momento de resolver aquellos temas que atañen a la ineficacia del traslado de regímenes pensionales por ausencia de consentimiento informado, encontrando la Corporación, que los argumentos soportes de la decisión cuestionada en esta acción de amparo, se tornan razonables (...).

(...)

(...) el Tribunal fundamentó su proveído en otra circunstancia distinta a la que esgrime el accionante en esta acción de amparo y que fue debatida en el trámite del proceso judicial, pues se reitera, dejó a un lado, todo lo relacionado con la ineficacia del traslado, ante la existencia que avizoró de una selección inicial de régimen; de ahí que mal puede pregonarse por parte del sentenciador de alzada el que haya desconocido nuestro propio

precedente jurisprudencial o que se haya apartado de él para resolver el asunto que es objeto de estudio". (Subraya fuera de texto)

Dicho lo precedente, no le queda otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia apelada.

4. Por colofón.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia de fecha y origen antes anotado. Con imposición de costas en esta instancia, tras resultar el demandante vencido en el recurso, y existir réplica por la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 12 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **NELSY DOMINGA LEMUS PACHECO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A** radicado bajo el número **23-001-31-05-004-2019-00217-01 FOLIO 17-21**.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo dispuesto en el

Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

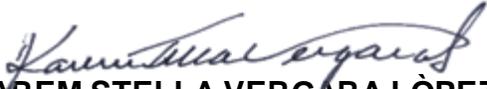
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada
CON SALVAMENTO DE VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

RADICADO N° 23-001-31-05-004-2019-00217-01 FOLIO 017-21

MONTERÍA, VEINTITRÉS (23) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Con el mayor respeto por los Honorables Magistrados que integran la Sala, en esta oportunidad me separo de la decisión acogida por la mayoría, pues si bien, como se indicó en las consideraciones del fallo, lo que se ha decantado por la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido con respecto al deber de las administradoras de pensiones en suministrar una información certera sobre los beneficios y/o desventajas del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, la circunstancia de que lo debatido en el presente asunto no se enmarque en aquel específico escenario del precedente jurisprudencial, no impide a la Sala examinar las consecuencias de la omisión del deber de información que recae en los fondos y administradoras de pensiones al momento de la afiliación inicial al sistema pensional, conforme a lo dispuesto en la ley y lo planteado por la misma jurisprudencia.

Debe tenerse presente que la Ley 100 de 1993 en su artículo 13, ha dispuesto las características del sistema general de pensiones precisando, entre otras, las siguientes:

“a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.

*b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto **manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.** El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley.*

(...)

*e) Los afiliados al sistema general de pensiones **podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran...**”*

Por su parte el artículo 271 de la misma norma precisa:

*“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma **contra el derecho del trabajador a su afiliación o selección de***

organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (...)

No hace la ley diferenciación frente al deber de información para la afiliación al sistema de pensiones como para el traslado entre regímenes, como tampoco exonera a las administradoras y fondos de pensiones del citado deber para el momento inicial de la afiliación, y ello es así, porque fue precisamente la Ley 100 de 1993 la que introdujo dentro del sistema pensional los dos regímenes -prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad-, otorgándole a las personas que venían afiliadas al antiguo sistema pensional, al igual que aquellos que ingresaran a partir de la entrada en vigencia de la ley 100, la oportunidad de escoger entre las dos opciones que la norma les ofrece.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha planteado el deber de información en cabeza de las administradoras y fondos de pensiones tanto para la afiliación como para el traslado de régimen, y si bien dicho análisis lo ha efectuado al dirimir asuntos relacionados con el traslado de régimen, ello no exonera de aplicar la ley en asuntos donde se invoca nulidad de afiliación por omisión del deber de información dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Y es que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de forma pacífica ha planteado que, desde su creación, ha correspondido a las administradoras y fondos de pensiones brindar a los afiliados una información clara, completa y veraz acerca de las ventajas y desventajas que le pueden ofrecer los distintos regímenes pensionales, ello a fin de que puedan escoger libremente de lo que ofrece el mercado, lo que se ha denominado el consentimiento informado.

Ejemplo de lo anterior son las siguientes sentencias, por citar solo algunas, donde se ha examinado el deber de información, su evolución legal desde la expedición de la ley 100 de 1993 y las consecuencias de su omisión:

En la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se examina la evolución legal del deber de información de las administradoras y fondos de pensiones, precisó lo siguiente:

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

(...)

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente **presupone conocimiento**, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la

Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito**» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

Por otra parte, en la SL 4336 del 4 de noviembre de 2020, Radicado 77804, MP Dr Martín Emilio Beltrán Quintero, se precisó:

“De entrada advierte la Corte la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque el Tribunal le impartió plenos efectos al traslado, por el hecho de que no se acreditó vicios del consentimiento, desconociendo con ello que es menester demostrar por parte del fondo privado, por corresponderle la carga de la prueba, que sí le suministró al afiliado una asesoría completa y oportuna, puesto como se explicó en la sentencia CSJ SL12136-2014, «la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole».

En dicho sentido se ha considerado que la información necesaria refiere a la descripción,

características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Sobre este puntual aspecto se memora la sentencia CSJ SL1688-2019, rad. 68838, en la que se dijo:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

[...]

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

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

Y en reciente sentencia SL 1818 del 2021, Radicado 86533 del 3 de mayo de 2021, MP Dr Carlos Arturo Guarín Jurado, indicó:

*“Por el contrario, la Sala ha enfatizado que la información clara, suficiente, completa y comprensible que debe preceder **cualquier acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales**, no está condicionada a la calidad de beneficiario del régimen de transición o si el cotizante «está o no próximo a pensionarse», pues es una exigencia que «se predica frente a la validez del acto jurídico [...] considerado en sí mismo».*

Significa lo previo, que el Tribunal incurrió en la trasgresión que se le increpa en el segundo ataque, al restringir las exigencias para la validez del traslado de la actora, a las hipótesis antes descritas, por lo que el cargo prosperará.

Lo anterior, sin embargo, no define por sí solo ese ataque, puesto que a la censura le asiste razón en la crítica que hace a la sentencia, en torno a la aplicación indebida del artículo 1740 del CC y la infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la Corte ha explicado, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4360-2019, que existen diferencias entre la nulidad absoluta y relativa, que regulan los primeros y la ineficacia del acto jurídico que prevé como sanción especial, el último.

En efecto, en la citada providencia precisó, que la ineficacia de un acto jurídico en sentido amplio, «hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos», de ahí que incluye «todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico¹».

Contexto en el cual resaltó que,

[...] Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».²

De donde coligió la Sala, que la ineficacia de la afiliación y/o traslado de regímenes pensionales en el sistema de seguridad social, derivado de la ausente o insuficiente asesoría por parte de las administradoras de pensiones, debe analizarse en perspectiva de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, normativa especial y prevalente, no desde las figuras de nulidades del acto jurídico en el régimen general de obligaciones, ya que no está condicionada a la existencia de un vicio del consentimiento, sino que establece que «cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto».

Así lo resaltó en la citada sentencia, que reitera la regla de las similares CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, al puntualizar que la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la afiliación «desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado», motivo por el cual «el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia».

Lo último, en razón a que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, previó como consecuencia jurídica de la omisión del deber de información y asesoría que, desde que inició el sistema de seguridad social, tienen las AFP, al señalar que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

¹ Según la doctrina autorizada, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio «abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación» (Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II, cit., p. 683)

² Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 168

Es en ese contexto que la Corte ha resaltado que

*[...] **cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto.** Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”.*

Y es que se torna imperioso indicar, que lo perseguido por la parte actora alude a la nulidad de la afiliación que se le hiciera al régimen de ahorro individual con solidaridad al momento de ingresar por primera vez al sistema pensional, la cual soporta, explicando en los hechos de la demanda una presunta omisión de los fondos privados de brindarle información. Así, por ejemplo, se duele la actora de que los fondos privados omitieron explicarle las diferencias existentes en los requisitos exigidos por cada régimen para acceder a la pensión de vejez, específicamente se guardó silencio en cuanto al capital mínimo que debía acumular en su cuenta de ahorro individual y la exoneración del requisito de semanas cotizadas que impera en el régimen de prima media con prestación definida. Alude la demandante que al momento de realizar su afiliación al RAIS le pusieron de presente únicamente las bondades del mismo, como por ejemplo, que podía pensionarse a cualquier edad, podía escoger el monto de su mesada pensional y que en todo caso sería superior a la que le ofrecía el ISS.

Realmente, examinadas las actuaciones surtidas en la primera instancia, en ningún acápite de la demanda la parte accionante indicó que hubiera realizado un traslado entre regímenes pensionales, a pesar de que planteo la multifiliación; al punto que, en desarrollo de la primera audiencia de trámite, el fallador de primera instancia circunscribe la fijación del litigio a un traslado de régimen, incluso al minuto 24:36, cuando la apoderada de COLPENSIONES advierte que nunca hubo afiliación a esa administradora y por tanto debía ajustarse el litigio fijado por cuanto se pregonaba una nulidad de la afiliación, se consideró por el A-Quo que aunque no se mencionaba expresamente el traslado de régimen, el tema debía ser estudiado para efectos de la nulidad, no obstante, dentro del fallo emitido, no se pronunció frente a la nulidad de la afiliación en los términos planteados en la demanda.

Lo anterior para denotar que, no puede hablarse de nulidad de traslado entre régimen en el caso estudiado porque no es lo perseguido por la actora, sino la nulidad de la afiliación al sistema pensional que hizo desde sus inicios en el RAIS, para lo cual aplican las mismas exigencias previstas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, el deber de información de los fondos privados; consecuentemente no se podría concluir que el deseo de la demandante era permanecer en el RAIS por haber efectuado todos los aportes a pensión a dicho régimen, porque precisamente su inconformidad recae en la escogencia que hizo de afiliarse al sistema pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por una presunto omisión de información al momento de efectuar dicha afiliación.

Si tomamos en consideración que en el caso estudiado el accionante pregonó la nulidad de la afiliación efectuada inicialmente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de información del fondo, sin explicarle las diferencias, ventajas y desventajas que le ofrecía cada uno de los dos regímenes pensionales, como era el capital que debía tener ahorrado en el RAIS y la exoneración de las semanas mínimas de cotización, además del monto de la pensión, considero que es aplicable al caso los requisitos impuestos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo viable aplicar las consecuencias del artículo 271 ibídem”.

Bajo estas humildes interpretaciones a la ley y la jurisprudencia dejo salvado mi voto en este asunto.


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada