



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 175-2021

Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00030-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, viernes diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos 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 19 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARMEN SOFIA PARRA DÍAZ 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 demanda 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, dicha devolución acarrea un enriquecimiento sin causa y cabe predicar la prescripción.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de 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 hizo 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 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 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 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. 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.

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 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.

4.3. 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 y Porvenir en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque ambas demandadas resultaron vencidas en la primera instancia, ya que se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no se impondrá condena en costas, por estimarse que no causadas por la razón dicha (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

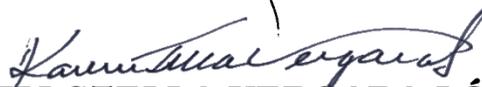
MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 175-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00030-01	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 y Porvenir en la primera instancia	10
6. Costas	10
VII. DECISIÓN	10
RESUELVE:	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 176-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00236-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, viernes diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos 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 del 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BERTHA RAMONA NORIEGA RODRÍGUEZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS 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. Asimismo, pide se condene a COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez.

2. Contestación y trámite

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

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. Asimismo, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la parte demandante, pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2021 en cuantía inicial \$1.822.052,48 y, como retroactivo pensional causado hasta el 30 de abril de 2021, la suma de \$7.363.430,34 y la respectiva indexación.

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 a 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., además ésta actuó de buena fe y los contratos de tracto sucesivo no se resuelven, sino que se terminan.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión. Estas serán tenidas en cuenta, aclarando que la relacionada con PROTECCIÓN S.A., sólo se ocupará la Sala de las que se identifican con los reparos planteados en la sustentación de su apelación.

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. **(iii)** Si hay lugar a reconocer la pensión de vejez a la parte demandante, de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, lo cual a su vez impone examinar: **(iv)** la edad y densidad de cotizaciones de la parte actora; **(v)** la cuantía de la pensión (IBL y tasa de reemplazo), **(vi)** el retroactivo pensional; y, **(vii)** la indexación.

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

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

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

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

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

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

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

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es

consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

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

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento 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”.

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, 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 COLFONDOS S.A., porque, a voz del sentenciador inicial, ésta es la última a la que se encuentra afiliada la parte demandante, y, por ende, es la que actualmente administra la cuenta individual de aquella –de la parte demandante–.

Lo anterior no es de recibo, puesto que COLFONDOS S.A., a pesar de no ser el último fondo privado al cual se encuentra afiliado la parte 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 también condenar a COLFONDOS 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. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003

Dado que la parte actora cumplió los 57 años de edad después del 1 de enero de 2014, e incluso después del 2015, concretamente los cumplió el 1° de agosto de 2017¹, según el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debe contar, por lo menos, con 1.300 semanas, lo cual cumple, porque alcanzó a cotizar un total de 1362,15 semanas, siendo su último mes cotizado diciembre de 2020².

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

6. Monto (IBL y tasa de remplazo) y retroactivo pensional

¹ Vid. Copia cédula de ciudadanía, pág. 11 pdf “02Demanda”.

² Vid. Historia laboral aportada por Protección S.A., pág. 23 a 37 pdf. “11ContestacionProteccion20210226”.

6.1. La liquidación del IBL

Teniendo en cuenta **(i)** el promedio de lo devengado por la parte demandante durante los últimos diez (10) años, pues el A quo determinó el IBL con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y, respecto a ello, la parte actora mostró expresa conformidad con ello al sustentar su apelación, y, **(ii)** el método indicado por la honorable Corte para la liquidación del IBL (**Vid. Sentencias SL1182-2018, SL9831-2017, SL7797-2016, SL16827-2015; y, la SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, reiterada entre muchas otras por las sentencias CSJ SL736-2013 y SL4648-2017**), efectuadas las operaciones de rigor que da cuenta la tabla explicativa que se adjunta al acta de esta audiencia para conocimiento de las partes, ello arroja un IBL de **\$2.850.695,00**, según da cuenta la siguiente tabla explicativa:

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic Año Anterior	Índice Final Dic-2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
sep-10	2.044.000	16	71,2	105,48	3.028.106	13.458
oct-10	1.949.000	30	71,2	105,48	2.887.367	24.061
nov-10	1.949.000	30	71,2	105,48	2.887.367	24.061
dic-10	1.949.000	30	71,2	105,48	2.887.367	24.061
ene-11	2.009.000	30	73,45	105,48	2.885.083	24.042
feb-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
mar-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
abr-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
may-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
jun-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
jul-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
ago-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
sep-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
oct-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic Año Anterior	Índice Final Dic- 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
nov-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
dic-11	2.027.000	30	73,45	105,48	2.910.932	24.258
ene-12	2.073.000	30	76,19	105,48	2.869.931	23.916
feb-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
mar-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
abr-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
may-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
jun-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
jul-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
ago-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
sep-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
oct-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
nov-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
dic-12	2.103.000	30	76,19	105,48	2.911.464	24.262
ene-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
feb-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
mar-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
abr-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
may-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
jun-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
jul-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
ago-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
sep-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
oct-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
nov-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
dic-13	2.103.000	30	78,05	105,48	2.842.081	23.684
ene-14	2.733.000	30	79,56	105,48	3.623.389	30.195
feb-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
mar-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
abr-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
may-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
jun-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
jul-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
ago-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
sep-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
oct-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
nov-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
dic-14	2.663.000	30	79,56	105,48	3.530.584	29.422
ene-15	2.684.000	30	82,47	105,48	3.432.864	28.607
feb-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
mar-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
abr-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
may-15	2.712.000	30	82,47	105,48	3.468.677	28.906
jun-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic Año Anterior	Índice Final Dic- 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
jul-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
ago-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
sep-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
oct-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
nov-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
dic-15	2.742.000	30	82,47	105,48	3.507.047	29.225
ene-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
feb-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
mar-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
abr-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
may-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
jun-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
jul-16	2.803.000	30	88,05	105,48	3.357.870	27.982
ago-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
sep-16	2.742.000	30	88,05	105,48	3.284.795	27.373
oct-16	2.468.000	27	88,05	105,48	2.956.555	22.174
ene-17	689.455	30	93,11	105,48	781.052	6.509
feb-17	738.000	30	93,11	105,48	836.046	6.967
mar-17	3.031.100	30	93,11	105,48	3.433.793	28.615
abr-17	3.031.100	30	93,11	105,48	3.433.793	28.615
may-17	3.031.100	30	93,11	105,48	3.433.793	28.615
jun-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
jul-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
ago-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
sep-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
oct-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
nov-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
dic-17	2.293.100	30	93,11	105,48	2.597.747	21.648
ene-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
feb-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
mar-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
abr-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
may-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
jun-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
jul-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
ago-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
sep-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
oct-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
nov-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
dic-18	2.293.100	30	96,92	105,48	2.495.627	20.797
ene-19	2.293.100	30	100	105,48	2.418.762	20.156
feb-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
mar-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
abr-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Dic Año Anterior	Índice Final Dic- 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
may-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
jun-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
jul-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
ago-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
sep-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
oct-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
nov-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
dic-19	2.366.000	30	100	105,48	2.495.657	20.797
ene-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
feb-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
mar-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
abr-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
may-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
jun-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
jul-20	2.366.001	30	103,8	105,48	2.404.295	20.036
ago-20	2.366.000	30	103,8	105,48	2.404.294	20.036
sep-20	1.232.686	4	103,8	105,48	1.252.637	1.392
oct-20	760.763	26	103,8	105,48	773.076	5.583
nov-20	877.803	30	103,8	105,48	892.010	7.433
dic-20	497.422	17	103,8	105,48	505.473	2.387
Días		3600		I.B.L.		2.850.695

6.2. La tasa de remplazo

Al efectuar las operaciones de rigor con la fórmula prevista en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, ello arroja como tasa de remplazo el **65,42%**.

6.2. Lo anterior se detalla en las siguientes tablas explicativas que también se adjuntará al acta de esta audiencia:

APLICACIÓN FORMULA TASA DE REEMPLAZO

$r = 65.50 - (0.50 s)$
$s = \text{I.B.L.} / \text{S.M.M.L.V.}$
$s = 2.849.160 / 908.526$
$s = 3,14$
$r = 65.50 - (0.50 \times 3,14)$
$r = 65.50 - 1,77$
$r = 63,93\%$

TASA DE REEMPLAZO CON SEMANAS ADICIONALES	
Número de Semanas Cotizadas	1.362,15
Menos Semanas Legales Año 2012	1.300,00
Numero de Semanas Adicionales	62,15
Número de Semanas Tomadas	50,00
Dividimos entre 50	1
Multiplicamos por 1.5	1,5%
Más la Tasa Calculada	63,93%
TOTAL TASA DE REEMPLAZO	65,43%

6.3. Monto pensional, fecha de disfrute y retroactivo pensional

6.3. 1. Aplicando al IBL establecido la tasa de reemplazo señalada, se tiene que el monto de la mesada pensional para el mes de enero de 2021 es de **\$1.865.209,78.**

6.3. 2. No obstante, como el monto pensional establecido por la A quo es inferior, el mismo ha de confirmarse, porque la parte demandante no apeló y el grado de consulta que se surte es a favor de COLPENSIONES.

6.3. 3. El A quo señaló como fecha de disfrute de la pensión el 1 de enero de 2021, porque la última cotización de la parte demandante lo fue en diciembre de 2020, lo cual se ajusta al precedente de la Honorable Sala de Casación Laboral en un caso sustancialmente igual al presente (**Vid. Sentencia SL3207-2020**). Por consiguiente, el retroactivo pensional causado desde la fecha antes señalada (1 de enero de 2021) y hasta la fecha en que lo liquidó el A quo, éste lo estableció en la suma de \$7.363.430,34, lo que sería una suma inferior a la que encontraría el Tribunal, razón por la cual se confirmará también este aspecto, porque no fue apelado por la parte demandante y la consulta se resuelve a favor de COLPENSIONES.

6.3. 4. Lo anterior significa que no hay lugar a prescripción de mesadas pensionales, habida cuenta que, desde la exigibilidad de la primera hasta incluso la fecha de la presente sentencia, no ha transcurrido el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

7. Descuentos en salud

Hay lugar adicionar la sentencia consultada, a fin de autorizar a la entidad demandada para que al momento del pago del referido retroactivo y de las mesadas subsiguientes, efectúe la deducción con destino a la EPS, o entidad a la cual esté afiliada la parte demandante en salud, en observancia de lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 3° del Decreto Reglamentario 510 del 2003 de la Ley 797 de 2003.

8. Indexación

El Juzgado también condenó a COLPENSIONES a indexar las condenas, 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**).

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 excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, se estima que las costas no se causaron (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral cuarto** a sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena

a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el **numeral sexto**, en el sentido que **SE AUTORIZA** a **COLPENSIONES** para que, a nombre de la demandante, realice los descuentos con destino al subsistema de seguridad social en salud, tanto del retroactivo como de las subsiguientes mesadas pensionales.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: 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	
FOLIO 176-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00236-01	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	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. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003	11
6. Monto (IBL y tasa de remplazo) y retroactivo pensional	11
6.1. La liquidación del IBL	12
6.2. La tasa de remplazo	15
6.3. Monto pensional, fecha de disfrute y retroactivo pensional	16
7. Descuentos en salud.....	17
8. Indexación.....	18
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	18
6. Costas	18
VII. DECISIÓN	18
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	19



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 177-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2019-00192-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia pronunciada en audiencia de 25 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LIOMADYS LAGO PADILLA en contra de A INDUSTRIAS S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El demandante pide que se declare la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido, que cobró vigencia desde el 23 de septiembre de 2016 al 25 de septiembre de 2017, y, por consiguiente, se

condene a la demandada a pagar prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales especificados en el libelo inicial de este proceso.

1.2. Los fundamentos fácticos, en lo sustancial, radican que las partes celebraron el contrato de trabajo de forma verbal, el cual tuvo vigencia en los extremos temporales arriba indicados, y no le fueron pagadas las prestaciones y rubros pedidos en la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma a través de curador ad litem, éste manifestó no constarle los hechos de la demanda y se atenia a lo que resultare probado en el proceso.

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

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que sólo obra como prueba la afiliación del actor a la seguridad social, lo cual, afirma, no es suficiente para acreditar la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial del demandante apela la sentencia, arguyendo que la afiliación del actor a la seguridad social sí prueba el contrato de trabajo, dado que, conforme al artículo 54 del CST, el referido contrato puede acreditarse con cualquier medio probatorio; exigir que otras pruebas sustenten la mentada afiliación equivale a imponer la tarifa legal; y, en cuanto al interrogatorio que absolvió el demandante, sus imprecisiones en cuanto a los extremos temporales y al monto del salario devengado, no demeritan el contrato de trabajo, porque a la luz de la jurisprudencia la falta de precisión de tales hitos no es óbice para establecerlos y la ausencia de prueba del monto del salario, se suple teniendo como devengado el mínimo legal.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial del demandante presentó alegaciones en la misma línea de lo esbozado en la sustentación de la apelación.

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 la apelación, le corresponde

a la Sala dilucidar: **(i)** si quedó acreditado la existencia del contrato de trabajo entre las partes; y, para tal efecto, se deberá determinar: **(ii)** si la afiliación del actor a la seguridad social y pago de cotizaciones es suficiente para dar por activada la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST. Si la respuesta a los anteriores interrogantes es afirmativa, corresponderá: **(iii)** el estudio de la procedencia y liquidación de las acreencias laborales cuyas condenas se piden con la demanda.

2. La prueba de la afiliación del actor a la seguridad social no activa la presunción de contrato de trabajo

2.1. Se discutió en la primera instancia la existencia o no entre las partes de un vínculo laboral. Al respecto, en el proceso sólo se practicó el interrogatorio de parte al demandante y la prueba documental relativa a afiliación de éste a la seguridad social.

2.2. En cuanto al interrogatorio de parte al actor, este cobra relevancia sólo 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)**.

2.3. En lo atinente a la prueba documental concerniente la afiliación del actor a la seguridad social y reportes de pagos

de aportes a la misma, de acuerdo a la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, ella no es suficiente para dar por acreditado la existencia del contrato de trabajo.

En efecto, en cuanto a que los reportes de pago de pensiones, por sí solos, no demuestran inequívocamente la prestación personal del servicio y, por ende, tampoco el contrato de trabajo ni sus extremos temporales están las sentencias en sentencias SL156-2021, SL4824-2019, y SL16934-2017, entre otras.

Por ejemplo, en la sentencia SL4824-2019, expresó:

“Sobre este aspecto es importante destacar por la Sala que ha sido criterio reiterado de esta Corporación que los reportes pensionales o historias laborales **no dan cuenta cierta de la prestación personal del servicio con miras a establecer la existencia de un contrato de trabajo**”. Se destaca.

Y, en la sentencia SL17992-2017, discurrió:

“Frente a la certificación del fondo de pensiones Santander a folio 28 y la autoliquidación de aportes de febrero de 2003 al Instituto de Seguros Sociales a folio 29, 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 existencia del contrato de trabajo**”. Se destaca y se subraya.

2.4. La anterior tesis jurisprudencial no está imponiendo una tarifa legal, pues, en primer término, está edificada en el reconocimiento de que el hecho de la afiliación

y pago de cotizaciones de seguridad social no es fuertemente concluyente de la existencia de un contrato de trabajo, porque son hechos que no son exclusivos de las relaciones laborales subordinadas. Así lo dijo la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencia SL293-2020:

“De otro lado importa añadir que, de todas formas, ha sido criterio reiterado de esta Corporación que, por ejemplo, la existencia de una afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral o a una Caja de Compensación no da cuenta necesariamente de la existencia de un contrato de trabajo, **dado que no es hoy en día un elemento exclusivo de las relaciones contractuales laborales subordinadas**”. Negrillas no son del texto.

Y, en segundo término, porque en tratándose de presunciones legales y de prueba indiciaria, el hecho en que se funda el hecho presumido (en el caso de las presunciones) y el hecho indicador (en el caso de las presunciones), debe estar debidamente probado (Vid. CGP, arts. 160 y 240), lo cual se entiende que así lo es, si está acreditado con prueba directa, más no una prueba indirecta. Esto es así, porque en la presunción y en el indicio hay prueba indirecta del hecho presumido o del hecho indicado; luego, el hecho fundante de la presunción o el hecho indicante o indicador, no debe estar probado con otra presunción o con otro indicio o prueba indirecta, ya que en la presunción legal, el legislador, y en el indicio, el juez, lo que hacen es una inferencia de probabilidad de un hecho (del hecho presumido o indicado), y, entonces, el resultado sería la probabilidad de la probabilidad, lo cual no da suficiente convicción o certeza.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Civil, refiriéndose a la prueba indiciaria, en sentencia SC7274-2015, reiterada en la SC16608-2015, expresó:

“Son entonces los testimonios, declaraciones, confesiones, documentos, **o cualquier otro tipo de prueba directa**, valorados en conjunto, los que permitirán arribar -por medio de la inferencia indiciaria- al hecho desconocido pero cognoscible que quedó en la estricta intimidad de los contrayentes por su propia voluntad”. Se destaca.

Lo anterior viene a cuento, porque para la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, se requiere acreditar debidamente el hecho fundante de esa presunción, vale decir, la prestación personal de los servicios (Vid. CSJ Sentencias SL3345-2021, SL4130-2019, SL2480-2018, entre otras), y ello no se logra, según lo arriba anotado, con prueba indirecta, como aquí lo pretende la parte actora, habida cuenta que ésta pregona la prueba de la prestación personal del servicio, a partir de la prueba documental de la afiliación a la seguridad social y reporte de cotizaciones, es decir, trátase de la acreditación de hechos a partir de los cuales se busca inferir o presumir la prestación personal del servicio a favor de la cotizante, siendo que dicha prestación personal de servicios, al ser el hecho indicante, o mejor: fundante de la presunción, ha de estar acreditado con prueba directa.

2.5. Finalmente, en cuanto a los cuestionamientos de la apelación a la valoración probatoria que hizo el A quo al dicho

del demandante, resulta intrascendentes de ocuparse de ello, porque aun acogiendo aquéllos, las afirmaciones de esa parte no cobran eficacia probatoria a su favor, porque, como arriba se dijera, nadie puede fabricarse su propia prueba (CSJ SL676-2021 y SL5109-2020).

Las consideraciones expuestas se estiman suficientes para confirmar la sentencia apelada.

3. Costas

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

VII. DECISIÓN

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

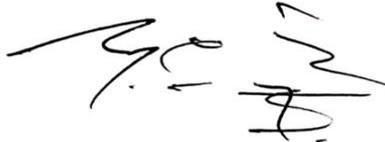
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

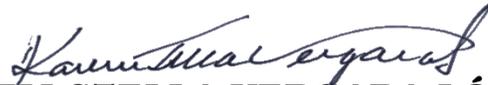
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 177-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2019-00192-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda.....	1
2. Trámite y contestación de la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Problema jurídico a resolver	3
2. La prueba de la afiliación del actor a la seguridad social no activa la presunción de contrato de trabajo	4
3. Costas	8
VII. DECISIÓN	8
RESUELVE:	8
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	9



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 188-2021

Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00105-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Montería, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos 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 2 junio de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por WILSON ANTONIO PEREZ VILLALBA contra SOCIEDAD 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 a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

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 que, conforme al artículo 1746 del CC, en los casos de ineficacia no hay lugar a la restitución de los frutos, siendo aquellos gastos los frutos de los fondos privados.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de 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 las apelaciones efectuadas 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, 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”.

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, 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 que actualmente se encuentra afiliado la parte 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 parte 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 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., a favor de la parte demandante (CGP, art. 365). No se condena en costas a COLPENSIONES en esta instancia, porque hay lugar adicionar a su favor la sentencia.

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.

VII. DECISIÓN

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

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral tercero** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena

a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a PROVENIR S.A.

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

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

(CON IMPEDIMENTO ACEPTADO)

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido	
FOLIO 188-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00105-01	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
VII. DECISIÓN	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 182-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00065-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Montería, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada en audiencia del 31 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SONIA ROSA DÍAZ TORRENTE contra la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-.

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. Asimismo, pide se condene a COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez.

2. Contestación y trámite

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

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 declaró probada las excepciones de cosa juzgada o de pleito pendiente y, por ende, negó las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante arguye que no hay un fallo en firme que resuelva el proceso laboral iniciado en el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería y trae a colación apartes de la sentencia C-641 de 2002 de la Corte Constitucional.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo alegó el vocero judicial de COLPENSIONES arguyendo, en síntesis, que el traslado de la parte actora al RAIS fue un acto libre, respecto del cual aquélla entidad no participó.

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, corresponde a la Sala dilucidar si en el caso hay se estructura la excepción de pleito pendiente o cosa juzgada. Si la respuesta es negativa, se deberá determina si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Existencia de pleito pendiente

3.1. La apoderada de la parte demandante no discute que ésta, con antelación promovió un proceso ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, en contra de las aquí también demandadas, pidiendo lo mismo que pretende en el presente proceso, esto es, la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, por habersele violado su libertad informada por parte de COLFONDOS. Tampoco discute que ese proceso actualmente cursa en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por virtud del recurso extraordinario de casación que ella interpuso contra la sentencia de segunda instancia, ya que con ésta le fueron negadas las pretensiones de la demanda de ese proceso anterior.

3.2. No obstante, la apoderada de la parte demandante muestra inconformidad con la sentencia de primera instancia del presente proceso, arguyendo que no hay sentencia en firme en el anterior proceso.

3.3. Lo anterior no es de recibo, porque la sentencia apelada no hizo referencia solamente a la excepción de cosa juzgada, sino que declaró igualmente probada la de pleito pendiente, lo cual comporta terminación del proceso en contra de quien lo inició, cuando *«exista un proceso en curso con las mismas pretensiones, las mismas partes y los mismos hechos para que sea procedente, con el fin de evitar juicios contradictorios frente a iguales aspiraciones»* (**Sentencia STL9752-2020**).

Como quiera, entonces, que actualmente cursa un proceso idéntico al presente, ya que las partes son las mismas e iguales también las pretensiones (ineficacia del traslado del RPM al RAIS, por haber desconocido COLFONDOS a la parte actora la libertad informada), y dicho proceso se inició primero e, incluso, está más avanzado, pues está surtiéndose ante la Corte el trámite del recurso extraordinario de casación, proceso que corresponde al radicado 23001310500520160009201; la consecuencia ineluctable es que, en efecto, se configura la excepción de pleito pendiente.

Finalmente, ha de señalarse que la sentencia C-641-02 de la Honorable Corte Constitucional, invocada por la apoderada de la parte actora en su apelación, corresponde a una cita sin analogía fáctica frente al presente caso, y, además, de ninguno de sus apartes se desprende que las personas puedan tener el derecho a instaurar idéntico a uno anterior por el sólo hecho de no haber culminado este último con sentencia en firme. De ser así, ninguna explicación tendría la excepción de pleito pendiente, aunado que ello comportaría un ejercicio abusivo del derecho en comentario.

Lo dicho se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

4. Costas

Dado que no COLPENSIONES replicó la apelación, ha de condenarse a la parte demandante a pagar las costas del trámite de esta segunda instancia, a favor de la entidad antes mencionada (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 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada 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: Costas como se indicó en la parte motiva.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 182-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00065-01	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. RECURSO DE APELACIÓN	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Existencia de pleito pendiente	4
4. Costas	5
VII. DECISIÓN	6
RESUELVE:	6
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	7



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 181-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2019-00210-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, diecisiete (17) de septiembre 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 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP –, frente a la sentencia pronunciada en audiencia de 28 de mayo de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral que promovido por ANGELA DELFINA DORIA CASTRO, CELIA ROSA SIMANCA ALVAREZ, ADRIANA DEL PILAR SIMANCA DORIA y MARÍA JOSÉ SIMANCA DORIA, en nombre propio y en representación de los herederos del finado FRANCISCO SINMANCA RUIZ, contra la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Las demandantes pretenden el reconocimiento para la herencia, de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del finado FRANCISCO SINMANCA RUIZ, la cual fue negada por la demandada, mediante resoluciones RDP 038052 de 10 de octubre de 2016 y RDP 001045 de 17 de enero de 2017, arguyendo que al finado, en vida, le fue reconocida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural una pensión sanción, mediante Resolución 000598 de 2011, que posteriormente fue sustituida a la demandante ÁNGELA DELFINA DORIA.

Como fundamento fáctico esencial, adujo que el causahabiente laboró en el INCORA y luego en el HIMAT, en los periodos 01/04/1974 hasta 05/08/1976 y 01/10/1976 hasta 25/08/1993, respectivamente, los cuales, en su orden, fueron como bono pensional y en la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la UGPP la contestó, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión sanción que fue reconocida al causahabiente y

posteriormente sustituida a una de las demandantes. Formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, imposibilidad de reconocer indemnización sustitutiva ante el reconocimiento de pensión sanción al causante, buena fe y Prescripción.*

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

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta el A quo condenó a la demandada a reconocer y liquidación la indemnización sustitutiva demandada, al estimar que ella no es incompatible con la pensión sanción o de retiro voluntario prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que le había sido reconocida al causahabiente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales presentaron alegaciones de conclusión reafirmando sus tesis sostenidas en la primera instancia.

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 que se surte a favor de la UGPP

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo las inconformidades plateadas en los recursos de apelación, y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a la Nación y, además, a una entidad para la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejes demandada, es incompatible con la pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1968, a cargo del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, que había sido reconocida al causahabiente FRANCISCO SINMANCA RUIZ (QEPD) y posteriormente sustituida a ÁNGELA DELFINA DORIA.

3. Solución al problema planteado

3.1. No fue objeto de discusión que, por virtud de sentencias judiciales de 15 de diciembre de 2010 y 26 de agosto de 2011, proferidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería y por este Tribunal, respectivamente, el causahabiente en vida disfrutaba de la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a cargo del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, que posteriormente fue sustituida a una de las demandantes (ÁNGELA DELFINA DORIA).

3.2. En el presente litigio, los demandantes pretenden ahora el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del referido causahabiente, porque éste, en vida, laboró en el INCORA y en el HIMAT, en los periodos 01/04/1974 hasta 05/08/1976 y 01/10/1976 hasta 25/08/1993, respectivamente, los cuales, en su orden, fueron cotizados como bono pensional y en la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE.

No obstante, la UGPP, en sede administrativa, negó la mentada indemnización, arguyendo que ésta es incompatible con la pensión sanción que había sido reconocida al causante y luego sustituida a una de las demandantes, tesis esta que igualmente ha esgrimido en la contestación de la demanda.

3.3. Puestas así las cosas, se impone la confirmación de la sentencia consultada, pues la Honorable Sala de Casación Laboral ha sentado que la pensión sanción y la de retiro voluntario previstas para trabajadores oficiales en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, no son incompatibles con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993.

En efecto, en sentencia STL1198-2019, así lo expresó:

“De suerte que la fuente de financiamiento de estos conceptos no solo son diferentes, sino que están a cargo de distintas entidades.

Incluso si se prescindiera de lo expuesto y se alegara que bajo la Ley 100 de 1993, que sistematizó y armonizó el sistema pensional en Colombia, no es posible la asignación de dos pensiones que cubran un solo riesgo, independientemente del origen de los servicios prestados, se debe precisar que, en este evento, no se trata de dos pensiones, en tanto que corresponde a dos prestaciones –pensión sanción e indemnización sustitutiva de vejez-, que, además, cubren diferentes contingencias.

Así, las pensiones del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador y no para cubrir las contingencias de vejez, invalidez o muerte, tal y como sucede con las prestaciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

En similar sentido, están las sentencias SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada, entre otras, en providencias CSJ SL818-2013, CSJ SL889-2013, CSJ SL16386-2014, CSJ SL7659-2016, CSJ SL21784-2017, CSJ SL757-2018 y CSJ SL860-2021.

3.4. Ahora, es de aclarar que no es del caso dilucidar si la pensión sanción que había sido reconocida debió o no reconocerse según la fecha en que el causahabiente fue despedido fue realmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 para el sector público nacional, habida cuenta que dicha prestación pensional fue reconocida por virtud de sentencias judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada (*de 15 de diciembre de 2010 y 26 de agosto de 2011, proferidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería y por este Tribunal*), y, además, es un tema que no ha sido objeto

de discusión en este litigio, ni tampoco podía serlo, insístase, por tratarse de cosa juzgada.

3.5. De otra parte, el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible a la luz de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias STL10369-2020 y STL20644-2017**) y de la Honorable Corte Constitucional (**Vid. Sentencias T-155-18, T-170-2017, T-546 de 2008, T-081 de 2010, T-472 de 2011 y T-144 de 2013**)

3.6. Finalmente, no se revisan liquidaciones, porque en la sentencia consultada no se realizaron, sino que impuso a la demandada efectuarlas, señalándole los parámetros para hacerlo, aspecto este que no fue apelado por la parte demandante.

Fluye de lo expuesto, la confirmación de la sentencia consultada.

4. Costas

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

VI. DECISIÓN

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

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

RESUELVE:

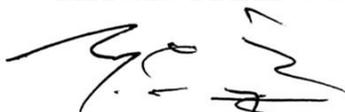
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en este nivel jurisdiccional.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

MAGISTRADOS



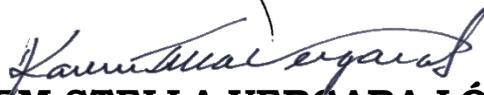
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 181-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2019-00210-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	3
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
V. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Solución al problema planteado.....	4
4. Costas	7
VI. DECISIÓN	7
RESUELVE:	8
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	8



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 170-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2020-00023-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, viernes diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, como también el recurso de apelación interpuesto por esa entidad, frente a la sentencia pronunciada en audiencia de 20 de mayo de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral que le promovió JORGE ELIÉCER HOYOS MERCADO.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El actor pretende la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue otorgada por COLPENSIONES, mediante Resolución SUB 179070 de 10 de julio de 2019.

Como fundamento fáctico esencial, adujo que COLPENSIONES, al liquidarle la mentada indemnización, no tuvo en cuenta cotizaciones del periodo del 1 de julio de 2005 al 31 de mayo de 2008, que sí se pagaron, pero que ese ente trasladó a fondos privados y aún no ha cobrado; que interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales les fueron resueltos desfavorablemente, mediante las Resoluciones SUB 236003 de 30 de agosto de 2019 y DPE 10200 de 23 de septiembre de 2019, respectivamente.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES la contestó, oponiéndose a las pretensiones. Formuló la excepción de mérito que denominó: *Inexistencia del derecho reclamado*.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A quo accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar, en síntesis, que se debieron tener en cuenta 739,29 semanas cotizadas y no solamente las 567 que consideró COLPENSIONES. Por consiguiente, concluyó que el actor sí tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva, la cual fijó en el monto de \$69.282.593, en contraste con lo suma de \$34.781.979 que reconoció la demandada en la Resolución N° SUB 179070 del 10 de julio de 2019, por lo que hay una diferencia a favor del demandante de \$34.500.614, suma ésta que indexada es de \$35.817.653,00.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Al sustentar la apelación el apoderado de COLPENSIONES expuso que la liquidación de la indemnización sustitutiva realizada con la Resolución N° SUB 179070 del 10 de julio de 2019, se ajusta a los parámetros legales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones, reiterando sus argumentaciones de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo las inconformidades plateadas en los recursos de apelación, y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a la Nación y, además, a una entidad para la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le fue otorgada por COLPENSIONES, mediante resolución la Resolución N° SUB 179070 del 10 de julio de 2019, para lo cual ha de establecerse **(ii)** si las cotizaciones pagadas por el actor, pero que la demandada trasladó a Fondos Privados y aún no ha recobrado, le deben ser computadas para la liquidación del monto de la referida indemnización. En caso afirmativo, **(iii)** si hay lugar a disminuir o confirmar el monto de la reliquidación realizada por el A quo.

3. Cotizaciones pagadas pero que Colpensiones trasladó a privados y aún no ha recobrado deben contabilizarse

3.1. No fue objeto de ese litigio el derecho del demandante a la indemnización sustitutiva. De hecho, ésta le fue reconocida por COLPENSIONES, mediante Resolución N° SUB 179070 del 10 de julio de 2019. Lo que está en debate es si para la liquidación del monto de esa indemnización, ha de tenerse en cuenta las cotizaciones que sí pagaron los empleadores, pero que la demandada trasladó a Fondos privados y aún no ha recobrado, esto es, un total de 172,43 semanas que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

Período	Días Tomados por el A quo	Días Tomados por Colpensiones	Días NO Tomados por Colpensiones	Semanas No Tomadas por Colpensiones
abr-04	30	0	-30	- 4,29
may-04	30	0	-30	- 4,29
jun-04	30	0	-30	- 4,29
ago-04	30	0	-30	- 4,29
sep-04	30	0	-30	- 4,29
oct-04	30	0	-30	- 4,29
nov-04	30	7	-23	- 3,29
ene-05	5	0	-5	- 0,71
jul-05	30	0	-30	- 4,29
ago-05	30	0	-30	- 4,29
sep-05	30	0	-30	- 4,29
oct-05	30	0	-30	- 4,29
nov-05	30	0	-30	- 4,29
dic-05	30	0	-30	- 4,29
ene-06	30	0	-30	- 4,29
feb-06	30	0	-30	- 4,29
mar-06	30	0	-30	- 4,29
abr-06	30	0	-30	- 4,29
may-06	30	0	-30	- 4,29
jun-06	30	0	-30	- 4,29
jul-06	30	0	-30	- 4,29
ago-06	30	0	-30	- 4,29
sep-06	30	0	-30	- 4,29
oct-06	30	0	-30	- 4,29
nov-06	30	0	-30	- 4,29
dic-06	30	0	-30	- 4,29

Período	Días Tomados por el A quo	Días Tomados por Colpensiones	Días NO Tomados por Colpensiones	Semanas No Tomadas por Colpensiones
ene-07	30	0	-30	- 4,29
feb-07	30	0	-30	- 4,29
mar-07	30	0	-30	- 4,29
abr-07	30	0	-30	- 4,29
may-07	30	0	-30	- 4,29
jul-07	30	0	-30	- 4,29
ago-07	30	0	-30	- 4,29
sep-07	30	0	-30	- 4,29
oct-07	30	0	-30	- 4,29
nov-07	30	0	-30	- 4,29
dic-07	30	0	-30	- 4,29
ene-08	30	0	-30	- 4,29
feb-08	30	0	-30	- 4,29
abr-08	30	0	-30	- 4,29
may-08	30	0	-30	- 4,29
ago-12	30	17	-13	- 1,86
dic-12	25	30	5	0,71
ene-15	30	29	-1	- 0,14
TOTAL DÍAS	1290	83	-1207	- 172,43

3.2. Al respecto, COLPENSIONES, en la Resolución DPE 10200 de 23 de septiembre de 2019, por la cual le resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación al demandante, expresó que hasta tanto los Fondos no den respuestas no puede tener aquellas cotizaciones.

3.3. No es de recibo la anterior consideración de COLPENSIONES, puesto que, en primer lugar, no hay discusión que las cotizaciones sí fueron pagadas; y, en segundo lugar, el hecho de que la demandada los haya enviado a fondos privados y no haya obtenido la devolución de los mentados aportes, ello no es óbice para no ser tenidos en cuenta para la liquidación de la indemnización

sustitutiva, porque, como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional, «*Es abundante la jurisprudencia que ha precisado que las cargas administrativas no pueden ser trasladadas a la parte débil de la relación*» (Sentencia T-149/20).

Asimismo, la Honorable Sala de Casación Laboral ha sentado que COLPENSIONES no puede supeditar el derecho de sus afiliados, a la obtención de los fondos privados de la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual que aquéllos tuvieron por haber estado en alguna época en el RAIS, «*en tanto es su deber obtener el pago del mencionado título pensional por los mecanismos legales*» (**Sentencia SL1358-2018**).

3.4. Así que, el demandante, tal como lo reconoció el A quo, tiene derecho a que la indemnización sustitutiva que le fue reconocida y liquidada por COLPENSIONES, le sea re-liquidada, porque también deben ser tenidas en cuenta las cotizaciones que sus respectivos empleadores pagaron a la demandada, pese a que ésta los trasladó a fondos privados y aún no ha obtenido la devolución de los mismos.

4. Respecto al monto liquidado

4.1. Al demandante, como se dijo, le fue reconocida la indemnización sustitutiva por la demandada, mediante Resolución N° SUB 179070 del 10 de julio de 2019, en la suma de \$34.781.979,00, para lo cual tuvo en cuenta 567 semanas, dejando por fuera 172,43 que fueron pagadas por

los respectivos empleadores del demandante y la demandada trasladó a Fondos privados.

4.2. La manera de liquidar la mentada indemnización está prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual aparece reglamentado en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, y, al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia SL, 15 mayo 2006, Rad. 26330, explicó de manera detallada el procedimiento para calcular el monto de la misma.

4.3. Pues bien, siguiendo los derroteros establecidos en la normatividad y jurisprudencia antes señaladas, y, al tomar en cuenta un total de 739,29 semanas, ello le arroja a la Sala como diferencia de la indemnización sustitutiva indexada a la misma fecha en que indexó el Juzgado (marzo-2021), la suma de \$23.547.005,40, que, por ser inferior a la establecida por ese sentenciadora inicial, es la que se tomará en cuenta, y, por ende, se modificará la sentencia de primera instancia, habida cuenta que aquí también se decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Las siguientes tablas explicativas dan cuenta de la anterior reliquidación:

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTA JE DE COTIZACIÓN	PROME DIO POR SEMAN A COTIZA DA	ÍNDICE INICIAL AÑO ANTERI OR	INDIC E FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
jul-94	210.000	26	3,71	11,50	0,43	14,89	100, 00	1.410.343

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
ago-94	210.000	31	4,43	11,50	0,51	14,89	100,00	1.410.343
sep-94	610.375	30	4,29	11,50	0,49	14,89	100,00	4.099.228
oct-94	392.751	30	4,29	11,50	0,49	14,89	100,00	2.637.683
nov-94	398.786	30	4,29	11,50	0,49	14,89	100,00	2.678.214
dic-94	436.140	30	4,29	11,50	0,49	14,89	100,00	2.929.080
ene-95	423.134	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.318.542
feb-95	417.739	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.288.981
mar-95	418.555	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.293.452
abr-95	404.325	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.215.479
may-95	374.862	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.054.038
jun-95	438.509	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.402.789
jul-95	564.290	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	3.092.000
ago-95	749.081	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	4.104.553
sep-95	516.134	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.828.132
oct-95	512.540	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.808.438
nov-95	770.068	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	4.219.551
dic-95	414.503	30	4,29	12,50	0,54	18,25	100,00	2.271.249
ene-96	745.174	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	3.418.229
feb-96	686.832	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	3.150.606
mar-96	620.572	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.846.661
abr-96	471.681	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.163.674
may-96	669.416	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	3.070.716
jun-96	620.877	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.848.060
jul-96	527.050	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.417.661

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
ago-96	531.918	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.439.991
sep-96	573.386	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.630.211
oct-96	478.054	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.192.908
nov-96	905.180	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	4.152.202
dic-96	566.446	30	4,29	13,50	0,58	21,80	100,00	2.598.376
ene-97	651.103	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	2.455.140
feb-97	710.452	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	2.678.929
mar-97	987.836	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	3.724.872
abr-97	807.737	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	3.045.765
may-97	1.091.898	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	4.117.262
jun-97	884.758	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	3.336.192
jul-97	736.802	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	2.778.288
ago-97	586.697	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	2.212.281
sep-97	853.169	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	3.217.078
oct-97	833.030	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	3.141.139
nov-97	1.195.469	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	4.507.802
dic-97	774.897	30	4,29	13,50	0,58	26,52	100,00	2.921.934
ene-98	948.077	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	3.037.735
feb-98	974.975	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	3.123.919
mar-98	965.472	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	3.093.470
abr-98	1.549.064	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	4.963.358
may-98	846.787	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	2.713.191
jun-98	1.015.366	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	3.253.335
jul-98	968.996	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	3.104.761

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZACIÓN	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
ago-98	746.253	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	2.391.070
sep-98	620.409	30	4,29	13,50	0,58	31,21	100,00	1.987.853
oct-98	610.871	24	3,43	13,50	0,46	31,21	100,00	1.957.293
mar-04	197.333	16	2,29	14,50	0,33	53,07	100,00	371.835
abr-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
may-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
jun-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
jul-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
ago-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
sep-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
oct-04	370.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	697.192
nov-04	453.000	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	853.590
dic-04	518.333	30	4,29	14,50	0,62	53,07	100,00	976.697
ene-05	63.500	5	0,71	15,00	0,11	55,99	100,00	113.413
jul-05	810.547	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.447.664
ago-05	846.484	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.511.849
sep-05	847.656	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.513.942
oct-05	1.021.094	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.823.708
nov-05	1.058.203	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.889.986
dic-05	935.937	30	4,29	15,00	0,64	55,99	100,00	1.671.615
ene-06	1.122.422	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.912.133
feb-06	1.291.407	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	2.200.012
mar-06	1.237.032	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	2.107.380
abr-06	1.165.312	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.985.199

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
may-06	1.016.250	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.731.261
jun-06	1.118.906	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.906.143
jul-06	1.144.219	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.949.266
ago-06	1.132.031	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.928.503
sep-06	1.135.782	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.934.893
oct-06	1.267.969	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	2.160.083
nov-06	1.272.657	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	2.168.070
dic-06	1.022.813	30	4,29	15,50	0,66	58,70	100,00	1.742.441
ene-07	1.392.891	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.271.141
feb-07	1.354.063	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.207.831
mar-07	1.319.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.150.660
abr-07	1.345.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.193.054
may-07	1.360.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.217.512
jun-07	1.366.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.227.295
jul-07	1.362.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.220.773
ago-07	1.447.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.359.367
sep-07	1.338.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.181.640
oct-07	1.448.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.360.998
nov-07	1.393.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.271.319
dic-07	1.425.000	30	4,29	15,50	0,66	61,33	100,00	2.323.496
ene-08	1.414.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.181.425
feb-08	1.514.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.335.699
abr-08	1.052.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	1.622.956
may-08	1.250.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	1.928.417

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
jun-08	1.369.000	28	4,00	16,00	0,64	64,82	100,00	2.112.002
jul-08	1.518.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.341.870
ago-08	1.618.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.496.143
sep-08	1.659.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.559.395
oct-08	1.448.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.233.878
nov-08	1.387.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.139.772
dic-08	1.405.000	30	4,29	16,00	0,69	64,82	100,00	2.167.541
ene-09	1.362.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	1.951.289
feb-09	1.346.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	1.928.367
mar-09	1.462.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.094.556
abr-09	1.522.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.180.516
may-09	1.438.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.060.172
jun-09	1.492.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.137.536
jul-09	1.471.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.107.450
ago-09	1.282.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	1.836.676
sep-09	1.501.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.150.430
oct-09	1.553.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.224.928
nov-09	1.421.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	2.035.817
dic-09	1.068.000	30	4,29	16,00	0,69	69,80	100,00	1.530.086
ene-10	1.323.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.858.146
feb-10	1.160.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.629.213
mar-10	1.363.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.914.326
abr-10	1.470.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	2.064.607
may-10	1.507.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	2.116.573

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
jun-10	1.242.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.744.382
jul-10	1.441.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	2.023.876
ago-10	1.209.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.698.034
sep-10	1.405.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.973.315
oct-10	1.474.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	2.070.225
nov-10	1.508.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	2.117.978
dic-10	1.290.000	30	4,29	16,00	0,69	71,20	100,00	1.811.798
ene-11	1.545.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.103.472
feb-11	1.622.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.208.305
mar-11	1.439.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.959.156
abr-11	1.489.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.027.229
may-11	1.365.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.858.407
jun-11	1.477.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.010.892
jul-11	1.592.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.167.461
ago-11	1.239.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.686.862
sep-11	1.283.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.746.767
oct-11	1.328.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.808.033
nov-11	1.519.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	2.068.074
dic-11	1.391.000	30	4,29	16,00	0,69	73,45	100,00	1.893.805
ene-12	1.414.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.855.887
feb-12	1.448.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.900.512
mar-12	1.265.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.660.323
abr-12	1.306.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.714.136
may-12	1.400.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.837.511

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
jun-12	1.415.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.857.199
jul-12	1.414.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.855.887
ago-12	1.390.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.824.386
sep-12	1.328.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	1.743.011
oct-12	1.569.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	2.059.325
nov-12	1.708.000	30	4,29	16,00	0,69	76,19	100,00	2.241.764
dic-12	1.464.000	25	3,57	16,00	0,57	76,19	100,00	1.921.512
ene-13	1.559.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	1.997.438
feb-13	1.364.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	1.747.598
mar-13	1.506.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	1.929.532
abr-13	1.712.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.193.466
may-13	1.523.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	1.951.313
jun-13	1.522.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	1.950.032
jul-13	1.751.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.243.434
ago-13	1.660.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.126.842
sep-13	1.843.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.361.307
oct-13	1.611.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.064.061
nov-13	1.748.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.239.590
dic-13	1.605.000	30	4,29	16,00	0,69	78,05	100,00	2.056.374
ene-14	1.727.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	2.170.689
feb-14	1.484.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	1.865.259
mar-14	1.936.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	2.433.384
abr-14	1.821.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	2.288.839
may-14	340.000	2	0,29	16,00	0,05	79,56	100,00	427.350

Período	I.B.C.	Días	Semanas	PORCENTAJE DE COTIZACIÓN	PROMEDIO POR SEMANA A COTIZADA	ÍNDICE INICIAL DIC AÑO ANTERIOR	INDICE FINAL DIC 2018	I.B.C. ACTUALIZADO
sep-14	616.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	774.258
oct-14	616.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	774.258
nov-14	616.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	774.258
dic-14	616.000	30	4,29	16,00	0,69	79,56	100,00	774.258
ene-15	616.000	30	4,29	16,00	0,69	82,47	100,00	746.938
feb-15	644.350	30	4,29	16,00	0,69	82,47	100,00	781.314
sep-17	196.800	8	1,14	16,00	0,18	93,11	100,00	211.363
TOTAL SEMANAS		51	75	739,29	14,92%	110,34		373.791.634

Salarios devengados indexados a Diciembre de 2018	373.791.634
Semanas Cotizadas	739,29
Salario Promedio semanal devengado indexado a diciembre de 2018	505.608,94
Tasa promedio ponderada de cotización	14,92%
VALOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA A DICIEMBRE DE 2018	55.769.711,68
Fecha de edad para pensión	12/12/2018
Fecha de corte de para indemnización sustitutiva	15/06/2019
I.P.C. a fecha de la edad para pensión Diciembre 2018	100,00
I.P.C. a fecha de corte para indemnización Julio 2019	102,94
VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA ENDEXADA A FECHA DE CORTE	57.409.341,20
Valor cancelado por Colpensiones Res #SUB 179070 de julio 10 de 2019	34.781.179,00
DIFERENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA A JULIO DE 2019	22.628.162,20

DIFERENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA A JULIO DE 2019	22.628.162,20
I.P.C. a fecha de corte para indemnización Pagada por Colpensiones	102,94
I.P.C. a fecha de corte sentencia de primera instancia marzo de 2021	107,12
DIFERENCIA INDEXADA A LA MISMA FECHA QUE INDEXÓ EL JUZGADO (MARZO 2021)	23.547.005,40

5. La condena en costas en la primera instancia

Esta condena es de recibo, porque COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó entonces

ser la parte vencida en el proceso (Vid. CGP, art. 365-1°), máxime cuando dicha condena no está atada a consideraciones de buena o mala fe (**Vid. Art. 368 CGP; y, Sentencias SL4092-2018 y SL4650-2017**).

Lo expuesto se estima suficiente para modificar la sentencia apelada y consultada.

7. Costas

Dado que hay lugar a modificar a la sentencia consultada en favor de COLPENSIONES, no hay lugar a imponer condena en costas (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, el cual quedará así:

“CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante la suma de \$22.628.162,20, resultante de la diferencia de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida judicialmente y la efectuada por el Fondo de Pensiones, que

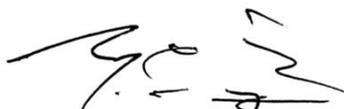
indexada hasta el mes de MARZO de 2021 queda en la cuantía de \$23.547.005,40, sin perjuicio de la indexación que se cause con posterioridad a marzo de 2021 y hasta cuando sea pagada en su totalidad la presente condena”.

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 170-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2020-00023-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA 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 a resolver	4
3. Cotizaciones pagadas pero que Colpensiones trasladó a privados y aún no ha recobrado deben contabilizarse.....	4
4. Respecto al monto liquidado	7
5. La condena en costas en la primera instancia	16
7. Costas	17
VII. DECISIÓN	17
RESUELVE:	17
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 189-2021

Rad. n° 23-001-31-05-005-2021-00049-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, viernes diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos 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 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JONNY RENTERIA PULGAR contra las recurrentes. Asimismo, el recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A. contra el auto también pronunciado en la misma audiencia.

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. EL AUTO APELADO

El A quo negó al apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., actuar como representante legal de dicha sociedad, al estimar que su designación válida es la de mandatario judicial, pues la condición de representante legal concierne a la Asamblea General o a la Junta Directiva de esa sociedad demandada.

IV. 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.

V. 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 a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; que la parte demandante pudo haber ejercido la facultad de retracto y no lo hizo; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad con la condena a devolver los gastos de administración, porque ello afecta la ejecución del objeto social del fondo, y, por ende, del sistema pensional.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación

de las apelaciones efectuadas 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).

El apoderado de la parte demandante solicita declarar desierto la apelación, porque, afirma, COLPENSIONES no lo sustentó dentro del término concedido en esta segunda instancia.

VII. 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 el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., puede fungir en el proceso igualmente como representante legal de esa sociedad; **(ii)** si hay lugar a declarar desierto la apelación de COLPENSIONES; **(iii)** si procede la ineficacia del traslado de

la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(iv)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. no tiene la condición de representante legal

3.1. Aduce el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., que en la escritura pública N° 1114 del 21 de octubre de 2019 de la Notaria 14 de Medellín la Sociedad PROTECCION SA otorga facultades de representante legal a la firma ARJONA Y DE LA OSSA ABOGADOS S.A., la que, además, está facultada para conciliar y confesar.

3.2. Al respecto, de la mentada escritura sólo se deriva la constitución de un mandato o poder general, a fin de que la sociedad ARJONA Y DE LA OSSA ABOGADOS A.A., funja con el carácter de apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., condición ésta que es muy distinta de representante legal o administrador.

A lo anterior se suma, que el mentado poder general a que hace referencia la escritura pública en referencia, lo otorga el Vicepresidente de PROTECCIÓN S.A., razón más para no asumir que se designó a la firma de abogados en mención, el carácter de representante legal de la demandada, pues, en tratándose de sociedades anónimas ello es función de la junta directiva o de la asamblea general, según lo estipula el artículo 440 del C. de Co., en armonía con los artículos 420 y 422 ibídem.

3.3. Finalmente, el hecho que un apoderado judicial tenga facultades para conciliar y confesar, ello no le atribuye el carácter de representante legal. Además, este último argumento más bien apunta a cuestionar la sanción por no comparecencia del representante legal a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, aspecto que no admite apelación, sino solamente el recurso de reposición.

4. La petición de declarar desierto la apelación de COLPENSIONES

4.1. Refiriéndose a la apelación de COLPENSIONES, el apoderado de la parte demandante pide que se declare desierto ese recurso, porque, afirma, la entidad no lo sustentó oportunamente en esta segunda instancia.

4.2. Lo anterior es una petición abiertamente improcedente, porque en el proceso ordinario laboral, la sustentación de la apelación de la sentencia es «*en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria*» (CPTSS, art. 66), es decir, es en la primera instancia.

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

5.1. 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.

5.2. 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.

5.3. 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.

5.4. 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.

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

5.6. 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”.

5.7. 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 que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

6. Consecuencias de la ineficacia del traslado

6.1. 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**).

Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, lo cual se ajusta a derecho.

6.2. 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 excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación de la sentencia, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365). Por la apelación de auto, no hay lugar a condena en costas, porque respecto frente a ese concreto recurso, no giraron ninguna de las intervenciones de las partes, esto es, no hubo ninguna réplica de las demás partes, por ende, se estima que no se causaron las costas para dicha apelación (CGP, art. 365-8°).

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

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

VIII. 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: NEGAR la petición de la parte demandante de declarar desierto la apelación de COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR el auto que fue apelado por PROTECCIÓN S.A.

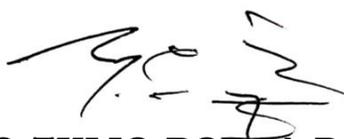
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

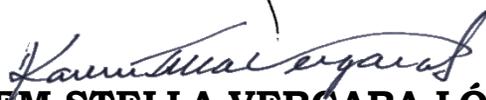
MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido	
FOLIO 189-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-005-2021-00049-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. EL AUTO APELADO	2
IV. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
V. RECURSOS DE APELACIÓN.....	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Protección S.A.....	3
VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VII. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. no tiene la condición de representante legal.....	5
4. La petición de declarar desierto la apelación de COLPENSIONES.....	6
5. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	6
6. Consecuencias de la ineficacia del traslado	10
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	12
6. Costas	12
VIII. DECISIÓN	13
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	14

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-660-31-03-001-2017-00120-01 FOLIO 59-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIECISIETE (17) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la parte accionante y accionada, por conducto de sus apoderados judiciales, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito De Sahagún, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS GERMAN DE LA OSSA MENDEZ contra MAYDA ESTHER RUIZ, SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. y SERVIENTREGA S.A.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el actor se declare que existió un contrato de trabajo con SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. y la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS desde el 28 de junio de 2012 hasta el 16 de noviembre de 2016; que la terminación del vínculo laboral obedeció a un despido sin justa causa, que conforme a las horas extras diarias laboradas su salario fue de \$1.115.012, que la responsabilidad solidaria recae a las partes demandadas; consecuentemente pide se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa conforme lo establecido en el art. 64 CST, al reintegro laboral junto con los salarios dejados de percibir, pago de primas de servicios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, horas extras, sanción moratoria, dotaciones, aportes parafiscales, sanción por no consignación de cesantías ante un fondo, aportes a seguridad social en salud y pensión, además de las costas del proceso y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones precisò:

- Indica que fue contratado por la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS para laborar a favor de la empresa SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A., conforme al contrato suscrito el 28 de junio de 2013, para el desempeño de funciones como mensajero, contrato que desdibuja la realidad laboral, puesto que en toda la relación laboral además de mensajero realizaba labores de cargar y descargar los vehículos que transportan las mercancías y entrega de documentos, recibiendo órdenes directas de un superior inmediato, cumpliendo un horario de labor de lunes a viernes de 08:00 am a 01:30 pm y de 02:00 pm a 06:00 pm y los sábados de 02:00 pm a 04:00 pm.

- Aclara que inicialmente su vínculo contractual fue bajo la modalidad a término fijo de forma escrita, desde el 28 de junio de 2012 al 28 de junio de 2013, que posteriormente fue celebrado bajo la modalidad verbal a término indefinido desde el 29 de junio de 2013 hasta el 16 de noviembre de 2016.

- Que su salario fue de \$700.000.00 pesos, pagaderos de forma mensual, por el año que duró la relación laboral bajo la modalidad de contrato a término fijo, sin que le reconocieran en ese lapso acreencias laborales, aportes parafiscales y de seguridad social; sin embargo, su salario disminuyó a un salario mínimo mensual legal vigente cuando inició con el contrato bajo la modalidad verbal a término indefinido, lo cual desmejoró notoriamente su condición salarial, siendo su último salario devengado la suma de \$689.454.00 pesos, pagaderos de forma quincenal, siendo su real salario la suma de \$1.115.012, donde se incluye las horas extras más auxilio de transporte.

- Reitera que en la ejecución de los contratos mencionados el empleador no le canceló prestación o acreencia laboral alguna distinta al salario mínimo mensual, además fue sometido de forma arbitraria a una disminución salarial, en atención a ello, solicitó en reiteradas ocasiones el pago de las acreencias que se desprenden del vínculo laboral, respuesta que fue desfavorable por parte de la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS, argumentando que él ganaba un salario integral por lo que la empresa SERVIENTREGA no estaba obligada a pagar tales conceptos prestacionales.

- Que el día 16 de noviembre de 2016 salió de vacaciones por orden verbal emitida por la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS, quien le manifestó que su reintegro sería el día 07 de diciembre de 2016; cumpliendo lo ordenado, cuando se reintegra le indican que se tome

15 días más de vacaciones debido a que presentaba vacaciones atrasadas, razón por la cual solicitò el pago de su quincena, respuesta que fue desfavorable y siendo informado por su empleadora -Mayda Esther Ruiz Arias- que se encuentra en proceso de liquidación y que él no labora con ella ni con SERVIENTREGA.

- Que la terminación del vínculo contractual se dio por decisión del empleador y que nunca recibió un llamado de atención en el ejercicio del contrato, así mismo nunca le cancelaron horas extras, ni éstas fueron tenidas en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales. Que sus empleadores le proporcionaron dotación solo el primer año de relación laboral, por tanto los años restantes los adeudan. No le fueron canceladas sus prestaciones sociales tales como primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, aportes a seguridad social, ni conforme al salario devengado ni al salario real que debió percibir, además de adeudarle la indemnización por despido sin justa causa y no le fueron consignadas en COMFACOR los montos por concepto de aportes parafiscales.

2.3 Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A., propuso como excepciones de mérito Inexistencia de la obligación, Carencia de derecho reclamado, Falta de causa y Cobro de lo no debido, ausencia de solidaridad, Buena fe, prescripción; fundamentado en que no ha celebrado contrato de trabajo con el actor, desconoce los extremos temporales en que se dio la relación laboral entre el demandante y la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS, siendo esta su verdadera empleadora; así mismo que al no cumplirse los elementos establecidos en el art. 34 del CST no existe la solidaridad deprecada para el pago de los emolumentos laborales, puesto que no se benefició de la prestación personal del servicio realizado por el accionante.

2.3.1. Por su parte la demandada señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS, fue notificada en legal forma, sin embargo no contestó la demanda.

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

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado accedió parcialmente a las pretensiones declarando la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la señora MAYDA ESTER RUIZ ARIAS, desde el 28 de

junio de 2012 hasta el 16 de noviembre de 2016; consecuentemente declaró a SERVIENTREGA S.A como solidariamente responsable del pago de las prestaciones e indemnizaciones, tales como cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas, sanción moratoria, consignación de aportes a pensión previo calculo actuarial por el fondo de pensiones y absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Consideró que, conforme a las disposiciones legales establecidas en el art. 23 CST así como la presunción legal desvirtuable que a favor del trabajador consagra el art. 24 de la misma norma en comento, dispone la imposición de la carga probatoria al trabajador de demostrar solo la prestación personal del servicio para inferir los elementos salario y subordinación dados en el vínculo laboral, correspondiéndole al empleador desvirtuar tal presunción por los medios legales existentes; así, consideró que estudiadas las pruebas de los testigos Nicomedes Buelvas Pantoja y Luis Álvarez Zabala, y la prueba documental que milita a folio 23 referente a un contrato de prestación de servicios celebrado entre el actor y MAYDA ESTER RUIZ ARIAS, muy a pesar de que los testigos afirmaron que el demandante laboraba a favor de SERVIENTREGA S.A., es claro que la verdadera empleadora del actor fue la señora MAYDA RUIZ ARIAS, ello se deduce al estudiar el interrogatorio del mismo demandante cuando indicó que aquella era su empleadora, que le impartía órdenes y que el vehículo donde prestaba sus servicios era de su propiedad, además que personalmente ella le pagó varias veces en efectivo por la labor encomendada; que de dicho contrato se demuestra la existencia de la relación laboral entre el actor y la demandada MAYDA RUIZ, encontrando acreditado del acervo probatorio la prestación personal del servicio del actor, por ende se presume la subordinación. Amèn de lo anterior concluyó del material probatorio que no le fueron canceladas sus prestaciones, la demandada en mención no aportó prueba que desvirtuara la existencia del vínculo laboral.

Con respecto a la solidaridad laboral sustentó que no la otorga ni la concede la clase de contrato entre los contratistas y subcontratistas, tampoco tiene como fuente el contrato de trabajo considerado por sí solo, sino que dicha fuente es otorgada específicamente por la ley y por ende los contratos de cualquier naturaleza constituyen los supuestos de hecho de la mencionada solidaridad legal que protege los derechos del trabajador, entre ello lo adeudado por prestaciones sociales e indemnizaciones, luego entonces, conforme a lo dispuesto en el art. 34 CST encontró que la demandada SERVIENTREGA S.A. es responsable solidariamente de las deudas laborales e indemnizaciones debidas, pues el actor desempeñaba funciones propias de su giro ordinario.

IV RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de la parte demandante

Sustentó su inconformidad en cuanto a la negación del juzgador de la indemnización por despido injusto, puesto que no se aportaron pruebas sobre el certificado médico y cuál fue la causa real del despido, así como también el pago de horas extras, puesto que el mismo actor en su interrogatorio manifestó haber trabajado horas extras, de lo anterior, como toda duda está a favor del trabajador es procedente su reconocimiento. En lo referente a los aportes de seguridad social al no ser demostrado su pago por la demandada es procedente tal reconocimiento.

4.2. Apelación de la parte demandada SERVIENTREGA S.A.

Manifestó su inconformidad en cuanto a la valoración probatoria realizada por el *a quo*, el cual se contradice entre las consideraciones de la sentencia y lo resuelto en ésta, pues conforme a lo establecido en el art. 167 del C.G.P. no es dable entender la existencia de vínculo entre SERVIENTREGA S.A. y la señora MAYDA ESTHER RUIZ ARIAS cuando no se aportó prueba alguna del vínculo contractual entre aquellas, lo que resulta contradictorio por lo dicho por los testigos y por el mismo demandante en el interrogatorio de parte para declarar la solidaridad a SERVIENTREGA, aunado a ello, existe una falla en la interpretación probatoria en cuanto al contrato de prestación de servicios que obra en el expediente suscrito entre el demandante y la señora MAYDA RUIZ para considerar la solidaridad laboral, puesto que no hay prueba alguna del beneficio de la obra conforme lo dispone el art. 34 del CST, tanto así que el mismo demandante reconoce que su empleadora es la señora MAYDA RUIZ, lo que conlleva absolver a la demandada SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A., de la responsabilidad solidaria y de las acreencias laborales e indemnizaciones que fueron condenadas, puesto que el empleador es quien debe cancelar dichos conceptos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada sustituta de SERVIENTREGA S.A. presentó alegatos en esta instancia indicando que, a su sentir, no hay presupuestos facticos, jurídicos y probatorios que conlleven a declarar la condena solidaria entre la señora MAYDA ESTHER ARIAS y SERVIENTREGA S.A., al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, pagos de aportes a la seguridad social, toda vez que no hay prueba que acredite relación alguna

entre la primera y su poderdante, por lo que no es de recibo que bajo las declaraciones recibidas por los testigos de la parte demandante al relatar que el demandante portaba uniforme de Servientrega, o de que en el lugar donde supuestamente prestaba servicios el demandante arribaban vehículos de Servientrega, estas manifestaciones por si solas no constituyen plena prueba de la existencia de ese vínculo contractual que debe mediar entre la supuesta contratista señora Mayda Ruiz Arias y la supuesta contratante SERVIENTREGA S.A., razón por la cual no puede objetivamente llegarse a la conclusión de determinar - como se hizo- que SERVIENTREGA S.A., era la beneficiaria de ese servicio que prestaba el demandante a la señora Mayda Ruiz.

Plantea que no es posible dar credibilidad a los testigos de la parte demandante, puesto que estos no fueron compañeros de trabajo del actor, no han tenido vínculo con la señora Mayda Ruiz y Servientrega S.A., un uniforme de cualquier entidad puede portarlos cualquier persona, por ello no es dable admitir la existencia de un vínculo con esta clase de afirmaciones, como tampoco por el estacionamiento de los vehículo de la entidad como bien se ha señalado, pues es importante precisar que un vehículo ya sea de Servientrega, Deprisa, DHL, pueden hacer estacionamientos en los lugares que tiene destinado para reparto de mercancías y no por ello debe inferirse la existencia de un vínculo con la persona o entidad en la cual hace la entrega de mercancías.

Sostuvo que la parte demandante allega con su demanda un contrato de prestación de servicios entre el demandante y la señora MAYDA RUIZ ARIAS, y de dicho contrato no se desprende ninguna cláusula en la cual se relacione a SERVIENTREGA S.A., aunado a que se aporta un CERTIFICADO DE MATRICULA DE PERSONA NATURAL, en la que da cuenta de que la señora MAYDA RUIZ ARIAS se encuentra registrada como persona natural y es propietaria del establecimiento de comercio cuya actividad principal es ACTIVIDADES POSTALES NACIONALES, pues es ésta quien tiene bajo su responsabilidad el personal que contrate para la ejecución de su actividad comercial, pues es ésta quien se beneficia con la actividad que ejecuta en su establecimiento de comercio.

Acorde con lo anterior considera no se puede acceder a una condena solidaria contra su representada, pues tampoco se acreditó que esta se beneficiara de la actividad que ejecuta la señora MAYDA RUIZ ARIAS y mucho menos de la actividad que supuestamente desempeñaba el señor CARLOS DE LA OSSA MENDEZ. No media entre la señora MAYDA RUIZ ARIAS y SERVIENTREGA S.A. un contrato comercial, civil, por tanto, aduce, faltando este presupuesto fáctico, no puede emitirse condena solidaria contra SERVIENTREGA S.A.

Finalmente plantea que, en gracia de discusión y sin que implique aceptación o reconocimiento de derecho, de considerarse que existió un vínculo contractual entre la señora MAYRA RUIZ y SERVIENTREGA S.A., no es procedente emitir las condenas solidarias contra la sociedad accionada, puesto que la señora MAYRA RUIZ es un contratista independiente y cuenta con autonomía administrativa, financiera y tiene bajo su responsabilidad al personal que vincula para la ejecución de su objeto social o la actividad que registró en Cámara de Comercio como persona natural, por tanto es la señora MAYDA quien debe responder de manera directa y única con el pago de los emolumentos de índole laboral señalados en los numerales 2, 3, 4 y 5 de la sentencia recurrida, y pese al supuesto vínculo entre estos, no se dan los presupuestos del artículo 34 del CST, por ende no es procedente condenar solidariamente a su representada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico 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, se ciñe a determinar: (i) Sí SERVIENTREGA S.A., es responsable solidario de las condenas impuestas a cargo de la accionada MAYDA RUIZ ARIAS y acorde con los parámetros establecidos en el art. 34 del CST (ii) Sí el despido de forma unilateral por parte del empleador fue o no con justa causa legal (iii) Sí es procedente pago de horas extras y de seguridad social .

6.3. Sea lo primero indicar que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo prevé:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Acerca de la figura del contratista independiente regulada en el artículo 34 citado y la relación que surgen entre éste, sus trabajadores, y el beneficiario de la obra, precisò la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1968 del 19 de mayo de 2021, Radicado 78776, MP Dr Martín Emilio Beltràn Quintero, lo siguiente:

“Dicha norma contempla dos relaciones jurídicas a saber: una del beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Finalmente establece una responsabilidad solidaria por parte del beneficiario de la obra cuando las labores realizadas por el contratista no sean extrañas al objeto de su empresa o negocio.

En lo que tiene que ver con los dos tópicos que regula la disposición en comento, el primero a que se ha hecho referencia es aquel que se estructura entre el contratista independiente, que puede ser una persona natural o jurídica, y el beneficiario de la obra. Dicho contratista mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de un precio determinado, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrata. Vínculo a través del cual éste asume los riesgos propios de la actividad o servicio a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad como de autonomía técnica y directiva.

Ahora bien, la segunda relación a que se hace alusión recae en la que nace entre el contratista y sus trabajadores, pues aquel, para poder cumplir con su obligación requiere contratar operarios, cuya fuerza de trabajo le corresponde y compete dirigir en desarrollo de su poder de subordinación, pues actúa como un verdadero empleador y no un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del servicio.

Finalmente, el artículo referido alude también a una situación de solidaridad por parte del contratante respecto a las obligaciones del contratista, responsabilidad que nace cuando se cumplen dos requisitos: ser beneficiario de la labor contratada o dueño de la obra y, que los objetos o actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las normales de esta última, esto es, que sean afines.

Por demás, si se trata de personas jurídicas, la sola similitud entre los objetos sociales no es un aspecto que impida esta modalidad de contratación, pues la norma no consagra este tipo de restricción, cuestión diferente es que ello genere, como se acaba de exponer, una responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra respecto a las obligaciones surgidas a cargo del contratista y a favor de sus trabajadores.

Acorde a lo dicho, se puede colegir que tratándose de un contratista independiente, éste no tiene como objeto suministrar personal a un tercero, sino cumplir, por su cuenta o riesgo y a cambio de un precio, el «objeto» contractualmente definido con el dueño de la obra o beneficiario del servicio. En este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral sino la realización de diferentes tipos de actividades que le permitan construir una determinada obra o prestar un servicio a favor de un tercero, las cuales debe cumplir, se itera, con sus propios medios y gozando de libertad y autonomía tanto técnica como directiva.

Esta Sala, respecto al anterior supuesto, en decisión CSJ SL4479-2020, dijo:

“2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten 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» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario.....”

Esa misma Corporación en la SL 910 del 22 de mayo 2019, radicación N° 73092, MP. Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

“Esta figura jurídica [la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral (como parece hacerlo la oposición), pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes. (CSJ SL 14038, 26 sep. 2000)”

Al remitirnos al caso bajo estudio hay que iniciar por destacar que no es objeto de discusión que el contrato laboral que pregona el demandante lo fue con la señora Mayda Esther Ruiz, así lo extrajo el fallador de primera instancia del análisis que hiciera de las pruebas recaudadas y no fue objeto de reproche por ninguno de los sujetos procesales, por lo que, partiendo de esa realidad procesal, igualmente hay que destacar que, tal como lo precisa el apoderado de la parte accionada SERVIENTREGA S.A., no hay una prueba documental que acredite un vínculo civil o comercial entre la empleadora del demandante y la mentada sociedad, es decir, ninguna prueba de las recaudadas dentro del proceso da cuenta de que SERVIENTREGA S.A. haya celebrado un contrato con la señora MAYDA ESTHER RUÍZ

para realizar una obra o prestar un servicios, relación que se torna imperiosa cuando se pregona la solidaridad regulada en el artículo 34 del C.S. del T.

Ahora bien, no desconoce la Sala que los testimonios recepcionados dan cuenta de que el actor realizó unas labores en una oficina de SERVIENTREGA, la que identifican como tal porque afirman tiene un cartel con ese nombre en la parte de afuera; así mismo aseguraron que el actor portaba un uniforme verde de la empresa SERVIENTREGA y que sus labores consistían en el cargue y descargue de los camiones de SERVIENTREGA, repartir la mercancía que llegaba a las oficinas de la citada empresa, lo que sin lugar a dudas constituyen indicios de que el demandante si pudo realizar la labor a favor de un tercero.

Sin embargo, en el caso de marras resulta trascendental la plena identificación de ese tercero a favor de quien se realizó la labor pues, si examinamos todas las actuaciones surtidas a lo largo del proceso, llama la atención de la Sala que inicialmente el actor dirige la demanda contra SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. identificada con NIT 800179612-9, para luego reformarla llamando también como demandada a la sociedad SERVIENTREGA S.A. identificada con NIT 860512330-3, bajo el argumento de que desconoce el propietario del establecimiento de comercio donde el actor desarrollaba sus labores; así entonces, surgen como accionadas dos personas jurídicas distintas, representadas por diversas personas naturales, con diversos domicilios en la ciudad de Bogotá y que tienen diversos establecimientos de comercio en esta misma, los de SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. se identifican con ese mismo nombre, y los de SERVIENTREGA S.A. con esa misma denominación, acorde con los certificados de existencia y representación legal expedidos por las cámaras de comercio y que fueron allegados al proceso, no obstante, no aparece en ninguno de los certificados aludidos a cuál de las dos sociedades pertenece el establecimiento en el cual el demandante acreditó haber desempeñado sus labores.

Y podría pensarse que bastaría remitirnos a las labores desarrolladas por el actor y confrontarlas con el objeto social de las accionadas para esclarecer quién podría ser el beneficiario del servicio prestado, pues los testigos aseguraron que el demandante cumplía labores de cargue y descargue de los vehículos de SERVIENTREGA que llegaban con mercancía al establecimiento de comercio, además de que salía a la calle a repartirla, lo que nos obliga a examinar el contrato de prestación de servicios que suscribió el demandante, donde se pactó en su cláusula primera como objeto del contrato *“recaudo de dinero en caja, recibo y entrega de documentos y mercancías”*; luego al examinar las actividades que como comerciante desarrolla la accionada MAYDA ESTHER RUÍZ evidenciamos como principal *“actividades postales nacionales”* y como secundarias *“actividades de mensajería”*; y si

escudriñamos en los objetos sociales de las sociedades accionadas encontramos que el objeto social de la accionada SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. consignado en el certificado de existencia de representación legal, detalla entre sus múltiples actividades las de *“correo y mensajería, operación de transporte nacional o internacional de cosas, objetos postales, valores, muestras comerciales y cualquier clase de bienes cuyo desplazamiento físico exija tratamiento especial”*, amèn de que se indica de que para desarrollar el objeto social podrá adquirir bienes muebles o inmuebles, arrendarlos, enajenarlos, gravarlos, darlos en garantía. Y al examinar el objeto social de la sociedad SERVIENTREGA S.A. que reposa en el certificado de existencia y representación, llama la atención que abarca *“prestar el servicio de todas las actividades relacionadas con los servicios postales en sus diferentes formas establecidas en el régimen nacional, de la unión postal universal, otros tratados y demás normas aplicables dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior. Especialmente los de correo, mensajería en todas y cada una de sus formas ...”*, *“prestar el servicio de todas las actividades relacionadas con el transporte de cosas de mercancías, mercancías peligrosas, de carga a nivel nacional e internacional en todas las modalidades”*

Es decir, no hay duda en cuanto a que el actor laborò bajo un contrato de trabajo para la accionada MAYDA ESTHER RUÍZ y que sus servicios fueron desarrollados en un establecimiento de comercio de SERVIENTREGA, la dificultad se centra en determinar quién es el beneficiario de los servicios para poder pregonar en cabeza de èste la solidaridad, por cuanto se desconoce la existencia de un vínculo contractual entre la empleadora con alguna de las sociedades accionadas, se desconoce a quièn pertenece el establecimiento de comercio donde el actor cumplía sus labores y que se identificaba con el nombre de “SERVIENTREGA”, y frente a las actividades que desarrolló el actor, tenemos que èstas guardan directa relación tanto con el objeto social de SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. así como el de SERVIENTREGA S.A., por tanto, no existe certeza de la persona jurídica que goza de la calidad de beneficiario conforme a los presupuestos del artículo 34 del C.S. del T y por ende, no fue acertada la decisión del A-QUO de llamar como solidariamente responsable de las condenas a SERVIENTREGA S.A.

Siguiendo el tema en comento, en cuanto a los elementos que se deben probar para declarar la solidaridad, se planteò en sentencia SL-845 del 17 de febrero de 2021, radicación n°83444, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“Para soportar tales reflexiones, citó la sentencia CSJ SL14692-2017, en la que esta Sala señaló que en aras de determinar la solidaridad en materia laboral, no basta con la comparación de los objetos sociales del contratista independiente con el del beneficiario de la obra, dado que en concreto, se debe establecer que la obra ejecutada o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra, no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de este, de manera que si bajo la subordinación del contratista

independiente, el trabajador realiza labores consustanciales a las normales del beneficiario, se configura la solidaridad.

Dado que el demandante no probò, como le correspondía, quien ostenta la calidad de beneficiario de la labor para la cual fue contratado por la accionada MAYDA ESTHER RUÍZ, pues nada indica que èsta haya tenido una relación contractual con SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A. o con SERVIENTREGA S.A., y como los objetos sociales de los tres accionados que reposan en los certificados de existencia y representación legal son similares, no es posible determinar con certeza que el beneficiario de la labor fue SERVIENTREGA S.A., reiteramos, atendiendo a que los testigos se limitan a sostener que el actor laboraba en una oficina de “SERVIENTREGA”, sin que pueda extraerse de sus dichos, con certeza, a cuàl de las dos personas jurídicas corresponde toda vez que ni SERVIENTREGA INTERNACIONAL S.A., como tampoco SERVIENTREGA S.A., tienen inscrito un establecimiento en el Municipio de Sahagùn, por tanto, incumpliendo el actor su deber probatorio no queda otra opción que revocar la sentencia apelada en lo atinente a la solidaridad ordenada en cabeza de SERVIENTREGA S.A.

Por otra parte, se duele la parte actora de la exoneración que hiciera el A-QUO de la condena por indemnización por despido injustificado, siendo imperioso traer a colación lo expuesto en sentencia SL 340 del 29 de enero de 202º, MP Dr Donald Josè Dix Ponnefz : ***“En lo que hace referencia a la indemnización por despido sin justa causa, esta Corporación en múltiples decisiones ha enseñado, que al trabajador le corresponde probar el despido y al empleador la justeza del mismo, pues dado el caso de acreditarse se entenderá que el finiquito de la relación laboral acaeció sin justa causa, de manera que este último deberá asumir «la indemnización contemplada en la ley, la convención colectiva, o en cualquier otro documento que regule la relación entre las partes» (CSJ SL5595-2019).***

Pues bien, en el asunto bajo estudio el actor relata que fue despedido sin justa causa, por cuanto una vez se reintegró a su labores luego de haber disfrutado de las vacaciones que le fueron otorgadas a partir del 16 de noviembre de 2016, fue despedido; no obstante, no existe una sola prueba que respalde su dicho y los testigos recepcionados indicaron desconoce el asunto, por tanto, es claro que el demandante incumplió su deber probatorio de acreditar el despido y por ello sale avante la decisión tomada por el fallador de primera instancia en este aspecto.

Y frente a la inconformidad del actor por la absolución que se hiciera en la sentencia de primera instancia por concepto de horas extras, ha de reiterarse que sobre las mismas la

Sala de Casación Laboral ha sostenido que la prueba de las mismas debe ser de tal precisión que no ofrezca duda al juzgador, a quien no le es dable hacer suposiciones frente a las labores en horario suplementario o en horas extras; así lo puntualizo, entre otras, en la SL-3009 del 15 de febrero de 2017, radicación n° 47044, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga:

“B. Tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos.

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adocetrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada”

Bajo el anterior contexto, como la parte actora no demostró haber laborado horas extras, como tampoco el número de horas laboradas ni los días en que al parecer las laborò, no era dable su reconocimiento como bien lo planteo el A-Quo.

Se duele la parte actora en el recurso de alzada de la omisión de condenar por aportes a la seguridad social, cuando realmente en primera instancia se impuso condena a los accionados por aportes a pensión, lo que lleva a concluir que la inconformidad solo podría ceñirse a los aportes para salud y riesgos profesionales, frente a los cuales ha sostenido la Sala de Casación Laboral en la misma sentencia SL-3009 previamente citada, que:

“d) “Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

-Salud y riesgos laborales. En relación con esta temática, la Sala ha considerado que al trabajador no le es dable pedir que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos previamente definidos en la ley, es que se puede pedir la devolución de aquellos efectuados de más, pero no el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adocetrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa, que los aportes en salud y riesgos laborales implicaban que la correspondiente EPS y ARL asumiera los pagos propios del subsistema de salud y de riesgos laborales en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por estos conceptos, se impone absolver por esta súplica.”

Asunto similar acontece en el caso de marras, al omitir demostrarse que durante la vigencia del vínculo laboral que unió al actor con la accionada MAYDA ESTHER RUÍZ, aquèl haya

sufrido daño, perjuicios o incurrido en gastos por no tener la atención médica ante la omisión de la afiliación en seguridad social en salud y riesgos profesionales, por tal razón no era procedente la condenar por dichos aportes.

De conformidad con los planteamientos expuestos se declararán probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido; ausencia de solidaridad, y carencia del derecho reclamado propuestas por SERVIENTREGA S.A., en consecuencia, se revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, y parcialmente los numerales tercero, cuarto y quinto, en todo lo atinente a la solidaridad pregonada por SERVIENTREGA S.A.

4. Costas.

Atendiendo las resultas de la alzada se revocará la condena en costas impuestas en primera instancia a cargo de SERVIENTREGA; se impondrán costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada SERVIENTREGA, atendiendo la réplica al recurso de apelación y de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

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

Finalmente, se reconocerá personería a la doctora Yolivet Esther Castaño Avila, identificada con la cédula de ciudadanía número 22'539.744 y T.P. 121.406 en su condición de apoderada sustituta de SERVIENTREGA S.A., acorde con el poder arrimado en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de Inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido; ausencia de solidaridad, y carencia del derecho reclamado propuestas por **SERVIENTREGA S.A.**

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada y en su lugar **ABSOLVER** a **SERVIENTREGA S.A.** de la solidaridad pregonada en la demanda.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada y en su lugar **ABSOLVER** de las condenas impuestas de forma solidaria a cargo de **SERVIENTREGA S.A.**

CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral octavo de la sentencia apelada y en su lugar **ABSOLVER** a **SERVIENTREGA S.A.** de condena en costas de primera instancia.

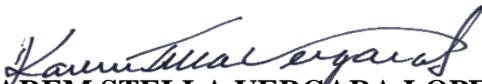
QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SEXTO: Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante y a favor de **SERVIENTREGA.**

SÈPTIMO: Reconocer personería a la doctora Yolivet Esther Castaño Avila, identificada con la cédula de ciudadanía número 22'539.744 y T.P. 121.406 en su condición de apoderada sustituta de **SERVIENTREGA S.A.**, acorde con el poder arrimado en esta instancia.

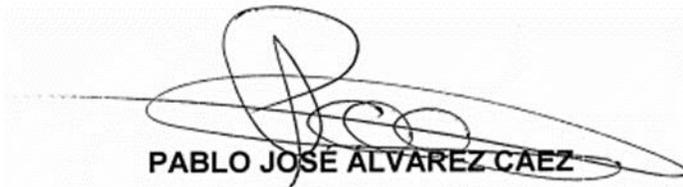
OCTAVO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2018-00394-01 FOLIO 66-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, DIECISIETE (17) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionante OSCAR DICKSON CASTILLO contra la sentencia pronunciada en audiencia del 07 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito De Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el apelante contra CORPORACION COMUNITARIA COMUNIDADES UNIDAD MUNICIPIO DE SAN CARLOS-EMISORA LA COSTEÑA 107.0 FM-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende el actor se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la CORPORACION COMUNITARIA COMUNIDADES UNIDAD MUNICIPIO DE SAN CARLOS -EMISORA LA COSTEÑA 107.0 FM-, desde el 04 de septiembre de 2017 hasta el 25 de septiembre de 2018 ; que la terminación del vínculo laboral obedeció a despido sin justa causa,; consecuentemente se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, salarios no cancelados junto con los interés moratorios y corrientes conforme a la tasa máxima legal permitida, indemnización por despido sin justa causa conforme lo establecido en el art. 64 CST, sanción moratoria contenida en el art. 65 CST, aportes a seguridad social en salud, pensión y ARL, además de las costas del proceso.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones indica:

Rad. 23-001-31-05-003-2018-00394-01 FOLIO 66-21

- Que celebró un contrato verbal a término indefinido a partir del 04 de septiembre de 2017, para laborar en el cargo de Gerente EMISORA LA COSTEÑA 107.0 FM, cumpliendo un horario de lunes a viernes desde las 08:00 am hasta las 12:00 m y de 02:00 pm hasta las 06:00 pm y los sábados desde las 09:00 am hasta la 01:00 pm, con disponibilidad todos los días las 24 horas en caso de que se presentara algún tipo de inconveniente con los equipos de transmisión en la emisora.

- El día 25 de septiembre de 2018 la entidad demandada le notificó carta donde le informan que a partir del 26 de septiembre queda suspendido del cargo como Gerente, por un supuesto abandono de responsabilidades adquiridas en la administración y gestión de ventas en la emisora.

- En atención a lo anterior, respondió la carta solicitando aclaración si era una carta de despido y/o desvinculación o si era relevado del cargo y vinculado a otra área administrativa de la emisora, solicitud que no ha sido respondida.

- Que no fue reubicado en ninguna área administrativa de la empresa accionada, situación que demuestra que la carta que le fue notificada el día 25 de septiembre de 2018 fue un despido, sin justa causa, por parte del empleador, por tanto es procedente la indemnización.

- Que pactó con la demandada como remuneración por los servicios prestados un salario mensual de \$3.500.000.oo., el que nunca fue cancelado en el tiempo que estuvo laborando, situación que soportó por el compromiso que tenía del proyecto de crear y posicionar una nueva emisora; adicionalmente fue sujeto a engaños por parte de los propietarios de la entidad demandada al manifestarle que constituirían una sociedad donde él sería socio, más el porcentaje de utilidades que recibiría, sumado a ello que percibiría los salarios no cancelados durante todo el año de trabajo cuando la emisora cumpliera su primer año al aire.

- Que durante la relación laboral el empleador no realizó aportes a seguridad social, así como tampoco le fueron canceladas sus prestaciones sociales a la fecha de terminación del vínculo laboral.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada CORPORACION COMUNITARIA COMUNIDADES UNIDAD MUNICIPIO DE SAN CARLOS-EMISORA LA COSTEÑA 107.0 FM, contestó la misma a través de curador Ad-litem indicando no constarle los hechos y propuso como excepción la genérica.

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

El Juzgado en primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones declarando la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada a partir del 01 de abril de 2018 hasta el 26 de septiembre de 2018; consecuentemente condenó al pago de prestaciones sociales, aportes a seguridad social en pensión e indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta el salario acreditado.

Consideró que conforme al acervo probatorio y a las disposiciones establecidas en los artículos 22, 23, y 24 CST, ésta última dispone que toda relación personal se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que basta al demandante probar la existencia de la relación laboral para que recaiga en el accionado el deber de desvirtuar tal presunción, es decir, que no se configuraron los elementos constitutivos de los contratos de trabajo; así, consideró acreditada la prestación personal del servicio por parte del actor y por tanto presumiéndose la subordinación laboral, que, conforme a las reglas probatorias no fue desvirtuada por la demandada.

Sostuvo que la prueba documental indica el demandante prestó sus servicios hasta el 26 de septiembre de 2018 pero no registra fecha de inicio de la relación laboral, y conforme a la única prueba testimonial de ARELIS HERNANDEZ SOTELO se tiene que el actor prestó sus servicios a favor de la demandada desde que ella igualmente ingresó a laborar como empleada, a partir del 27 de abril de 2018.

Así, concluyó el fallador la existencia de un contrato laboral verbal a término indefinido en aplicación de la presunción del art. 24 del CST, y en aplicación de las disposiciones jurisprudenciales, declaró el extremo temporal inicial de la relación el 01 de abril de 2018 al 26 de septiembre de 2018. En cuanto al salario, sostuvo que si bien en la demanda el actor

manifiesta que devengaba como salario la suma de \$3.500.000.00, no hay prueba en la declaración de la testigo de cuánto era el monto del salario, a pesar de que afirmó que el actor si lo recibió, por lo tanto, al no existir prueba, tuvo como salario el mínimo mensual legal vigente para la época en que el actor prestó el servicio.

En lo que respecta al despido sin justa causa, consideró que conforme a lo dicho por la jurisprudencia le basta al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador probar su justificación, pues la testigo indicó que presenció cuando el señor Balmaceda ordenó a la otra secretaria elaborar la carta que le entregaron al demandante, muy a pesar de que dicha carta inicia hablando de suspensión el resto del tenor literal determina que se trata de cesación del cargo y por ende debe interpretarse como aviso de finalización del contrato, por consiguiente al no estar probada la causa imputada no puede calificarse de justa, condenando pago de la indemnización por despido sin justa causa del art. 64 CST.

Sobre el pago de la sanción moratoria contenida en el art. 65 del CST, consideró que no demostró el accionado motivo justificable de los que pudiera desprenderse algún elemento que lo exonerará del pago de las acreencias deprecadas, sin embargo, consideró que en virtud de la presunción del artículo 24 aplicada para declarar en el asunto la existencia del vinculo laboral, absolvió al demandado de la sanción reclamada.

En lo relacionado al pago de seguridad social sustentó que todo empleador tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores a seguridad social tal como lo dispone la ley 100 de 1993, por tanto es procedente el pago aportes a seguridad social en pensión con sus respectivos intereses moratorios previo calculo actuarial teniendo en cuenta el salario probado.

3.1. RECURSO APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

Manifiesta su inconformidad precisando quedo probado la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación de la presunción contenida en el art. 24 del CST y no por el hecho que el accionante percibía unos ingresos adicionales con otro trabajo alterno el cual se realizaba en un horario distinto y fuera del horario convenido dentro de la emisora, por tanto nunca tuvo un contrato de exclusividad con la demandada, sumado a ello no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas tales como las conversaciones vía whatsapp con el representante legal Julio Balmaceda, donde el actor expone al representante legal en comentario que lleva doce meses laborando, situación que en ningún momento aquel refutó en dicha conversación, antes por el contrario acepta y manifiesta *“Cómo vamos hacer para solucionar ese*

problema?, por tanto tal aseveración permite inferir que lo dicho por el accionante es cierto. Aunado a ello el testimonio fue muy claro y se debe tener en cuenta el elemento de la subordinación porque el actor nunca tomaba decisiones directamente y no era autónomo en ciertos asuntos comerciales.

Señaló que es imposible que un trabajador que cumple una función de Gerente perciba como salario un mínimo legal mensual vigente, si bien el testigo no pudo acreditar el salario devengado por el actor porque es una situación personal y además no existe una prueba fehaciente que su salario era el alegado en el libelo demandador, hay que tener en cuenta la presunción y la buena fe. Finalmente indica que el ente demandado no asistió al interrogatorio de parte y por ende no se tuvieron por ciertos los hechos de la demanda ante la no comparecencia según lo estipula el art. 205 del C.G.P.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales en el término concedido en esta instancia guardaron absoluto silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico a resolver

El 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, se ciñe a determinar: (i) Sí se encuentra acreditado el elemento de subordinación (ii) A quién corresponde acreditar el salario y si se cumplió el deber en el caso estudiado. (iii) Si es procedente aplicar la confesión establecida en el art. 205 del C.G.P.

5.3. Pues bien, iníciase el estudio del presente caso indicando, en primer lugar, que la parte que alega un hecho, debe probar el mismo, tal como se expresa el artículo 167 del Código

General del Proceso, traído a remisión a este tema conforme al artículo 145 del C.S.T.; así mismo, es de manifestar que la Corte Suprema de Justicia de viaja data ha argumentado, como principio universal la carga probatoria, estando en principio en manos de la parte que afirma un hecho, tal como lo arguye la sentencia con Rad: 36549, Magistrado Ponente DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, el cual indica:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.”

Así mismo, esta colegiatura considera pertinente aplicar lo preceptuado en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, el cual reza; *“el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.”*

Respecto al tópico, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en aludir que el juez está en plena libertad de evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, pero no han de actuar su libre albedrío sino que éste debe tener en cuenta la sana crítica para fundamentar su decisión, tal como lo menciona la sentencia, proferida por la Sala de Casación Laboral, de fecha 30 de abril de 2019, SL1779, con rad: 60921, MP ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”

“Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada”

Teniendo presente el problema jurídico planteado, en primer lugar, es preciso indicar lo que es en realidad un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario *“aquel por el cual una persona*

natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

Seguidamente, se debe precisar que para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, establecidos en el artículo 23 C.S.T, esto es, que se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Ante debates relacionados con la existencia de un contrato de trabajo, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, ha sido reiterativa en manifestar que al trabajador solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. Ejemplo de ello es la sentencia SL5042-2020, radicación n° 78990 del 25 de noviembre de 2020, M.P., Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, donde se expuso:

“La Corte debe recordar también que, en el marco de ese ejercicio discursivo, el trabajador tiene una evidente ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el cual, demostrada la prestación personal del servicio, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo, siendo carga de la demandada deruir esa presunción con los medios probatorios pertinentes y centrándose, se repite, en las realidades de la vinculación, más que en sus convenciones formales, que en este escenario pierden su validez y obligatoriedad.”

De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones¹.

En el caso estudiado el fallador de primera instancia consideró que de las pruebas documentales arrojadas y la única testigo recepcionada, se encontraba acreditada por el actor la prestación personal del servicio, y por ello, procedió a aplicar la presunción del artículo 24 del C.S. del T, con algunas consecuencias como lo fue la exoneración de la sanción moratoria atendiendo la subregla que de antaño viene pregonando esta Sala con respaldo en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en el sentido de que, cuando se declare la existencia del contrato de trabajo en aplicación de la comentada presunción, no es dable aplicar la sanción prevista en el artículo 65 del C.S. del T., lo que es materia de inconformidad

¹ Sentencias Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral con radicados. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras,

por el apelante, quien considera si está probado en el plenario el elemento de la subordinación con la conversación vía whatsapp sostenida entre el actor y el representante legal de la Emisora la Costeña que militan a folios 28 a 44.

Sobre el elemento de subordinación se indicó en sentencia SL-1439 del 14 de abril de 2021, Radicación N° 72624, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, lo siguiente:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo², pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.

1.2. Los «indicios» de determinación de la relación de trabajo subordinada. Una mención especial al criterio de la integración en la organización de la empresa (Recomendación n.º 198 de la OIT)

En aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada, es bien conocida la técnica del haz de indicios, es decir, criterios que reflejan los rasgos más comunes de un vínculo laboral dependiente. Se trata de recabar, analizar y sopesar datos fácticos relevantes que denoten el ejercicio de facultades empresariales de organización, dirección y control de las condiciones de trabajo.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo enuncia algunos de estos indicios, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos. No obstante, esta mención normativa tiene el carácter enunciativa y no taxativa, de modo que pueden existir otros indicios o elementos objetivos que permitan deducir una relación de trabajo subordinada. Si, como atrás se afirmó, el poder de dirección y control que desemboca en subordinación es la razón de ser del contrato laboral, este poder puede manifestarse de diversas formas, según los usos, técnicas o tecnologías que el empresario utilice para alcanzar sus fines lucrativos e, incluso, según las épocas en que se ejerza esta facultad.

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación N.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)³”

Por otra parte, frente a las formalidades que pueden ofrecer los documentos surgidos de la relación laboral, ha precisado la Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL-1106 del 16 de marzo de 2021, radicación n° 81503, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, que:

“A lo anterior se suma que resulta equivocado sostener, como lo hace la censura, que el juez colegiado acudió a esas órdenes y contratos de servicios para colegir que, por haberse designado un supervisor, se presentó el elemento subordinación. En dicho sentido, tal como quedó visto al historiar el proceso, la aludida documental solo le sirvió al ad quem para establecer o tener por acreditada la prestación personal del servicio con la cual se activa la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo, y no para inferir la subordinación como elemento propio de un nexo laboral.

Recuérdese que el Tribunal en este punto fue claro y preciso, en el sentido de que la prueba documental no demostraba en el terreno de los hechos cómo se desarrolló la labor, de allí que su decisión consistente en confirmar la existencia de un contrato de trabajo se fundamentó fue, por una parte, en la aplicación de la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y, por otra, en que no se desvirtuó la subordinación con las pruebas allegadas al plenario”.

Y es que si nos remitimos a las conversaciones vía whatsapp que aparecen en el plenario, realmente de ellas no es dable pregonar la subordinación propia de los contratos de trabajo, pues lo que se evidencia son dos personas que comparten opiniones y realizan consenso sobre diversos asuntos como por ejemplo la compra de una planta eléctrica, la adquisición de gasolina, la carencia de dinero para realizar diversos eventos, incluso, en algún momento el actor pregunta al representante legal de la accionada sobre qué ha pensado de sus ingresos y aquél le contesta ¿qué le propone? y le indica que lo piense y le cuente; es decir, no se denota una jerarquía de empleador a trabajador, al punto de que atendiendo a la forma en que se tratan pareciera una conversación de amigos pues utilizan términos como “papa”, “mani”, “mijito”, acuerdan encontrarse para tomar cerveza, pero en ninguna de las conversaciones se extrae que se le impartan órdenes al demandante en cuanto al modo de ejecutar la labor, o una exigencia relacionada con sus labores, menos aún que se le imponga un reglamento u horario.

El anterior argumento no puede ser quebrantado con la afirmación del recurrente en cuanto a que el actor tenía otros ingresos adicionales en horarios distintos al convenido con la emisora dado que no celebró contrato laboral con cláusula de exclusividad, pues de ser ello cierto, aún así no cambia la circunstancia de que las pruebas documentales y el testimonio recepcionado no son suficientes para tener por acreditado el elemento de la subordinación en el caso de marras, por tanto, como quiera que el fallador si evidenció de aquellas la prestación del servicio, fue acertada la aplicación de la presunción contenida en el art. 24 del CST., y la absolución que hiciera de la condena por sanción moratoria por la subregla jurisprudencial acogida por este tribunal y a la que hizo alusión la falladora de primera instancia.

Ahora bien, en lo atinente a la prueba del salario devengado, como lo indicamos al inicio de las consideraciones, es carga probatoria de la parte demandante dentro del proceso, la que no cumplió en el caso sometido a estudio pues ninguna prueba respalda la afirmación plasmada en los hechos de la demanda, en cuanto a que la remuneración del actor ascendía a la suma de \$3.500.00.00, y llegar a sostener que por desempeñar el cargo de gerente debía admitirse que esa era la remuneración, no dejan de ser meras suposiciones y conjeturas sin respaldo en el plenario y que no pueden ser aceptadas por el fallador, quien está sometido al imperio de la ley y especialmente a que las partes cumplan con las cargas probatorias impuestas en el artículo 167 del C.G.P. que ordena, la parte que alega un hecho, debe probar el mismo,

Oportuno sobre este tópico reiterar lo expuesto en Sentencia SL-3126 del 19 de mayo de 2021, Radicación N° 68162, M.P. Dr, Iván Mauricio Lenis Gómez:

“Ahora, no puede olvidarse que la jurisprudencia también ha sido enfática en indicar que los jueces no pueden supeditar su decisión a la demostración estricta de los extremos temporales pretendidos o del salario enunciado en la demanda, pues si en el plenario hay prueba de un tiempo de servicio inferior o de un salario menor al que se pretendió, tiene el deber de dictar condena minus petita.

En esa dirección se ha precisado que en los casos en que se acreditan los extremos temporales -siquiera de forma aproximada, CSJ SL905-2013-, pero no el salario devengado, es imperativo emitir condena por lo menos con un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo anterior, se concluye que al carecer en el plenario de prueba del salario que afirma el actor haber devengado y en aras de garantizar los derechos mínimos del trabajador, acertado fue tomar como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente para la época en que el actor prestó sus servicios a favor de la accionada.

Finalmente en lo que respecta a la aplicabilidad de la confesión establecida en el art. 205 del C.G.P., ante la no comparecencia del demandado al interrogatorio de parte, cabe precisar que de ser procedente debió ser declarada por el fallador de primera instancia y como no lo fue, escapa a la órbita de esta Sala; amén de que, en todo caso no procedía la misma en el asunto que nos ocupa dado que el accionado estuvo representado por curador ad litem, tal como se explicó en sentencia SL del 01 de febrero de 2011, Radicación N° 41113, M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, donde, a pesar de remitirse a normas del antiguo C.P.C., no dejan de ser aplicables al asunto:

“Encuentra la Sala, que en el sub lite no es dable que se dè la confesión ficta o presunta que contempla el antecitado artículo, por cuanto la parte demandada estaba representada por curador Ad litem, en soporte de lo cual basta citar la sentencia de esta Sala de la Corte del 4 de diciembre de 2002, donde se sostuvo lo siguiente:

“En efecto, la manera como está regulada la confesión ficta o presunta en el artículo 210 del C. de P. C. permite colegir que la no comparecencia del citado a la audiencia prevista para la práctica del interrogatorio de parte, que hace presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, necesariamente está referida a la parte que ha comparecido al proceso, pues es la que puede ser considerada como renuente a atender la citación a la práctica del interrogatorio ordenado, presupuesto que desde luego no se cumple respecto de quien no se presenta al proceso por haber sido imposible su notificación personal, cualquiera que sea la causa, pues si desconoce su existencia no es razonable entender que quiere evadir sus obligaciones procesales.

Es cierto que las partes tienen unas cargas y deberes dentro del proceso pero éstas difieren en el caso de la demandada según haya o no comparecido al proceso, pues

en principio no se le puede imputar a quien le fue nombrado curador ad litem, ante la imposibilidad de la notificación personal, el incumplimiento de las órdenes del juez o de sus obligaciones como tales cuando se supone que desconoce el trámite dado al proceso y, por consiguiente, los mandatos y disposiciones en general emitidas en el mismo.

Conforme a lo anterior, reiteremos, en este asunto la demandada fue representada por Curador ad-litem, por lo que no era dable aplicar la confesión contenida en el art.205 del C.G.P.

Así las cosas, lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

5.4. Costas.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia debido a que las mismas no se causaron, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado