



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 414-2021

Radicación n° 23-001-31-05-005-2021-00178-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide de plano el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandada, con respecto a la sentencia de 4 de noviembre de 2.021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso especial de Levantamiento de Fuero Sindical instaurado por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CÓRDOBA –COMFACOR– frente a EDUARDO FRANCISCO MOVILLA LÓPEZ y con vinculación del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – SINALTRACAF–.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Pretende la actora el levantamiento del fuero sindical del demandado y, por consiguiente, se le autorice su despido. Asimismo, pide la condena en costas.

1.2. Hechos

Sintetizando lo sustancial, se invoca en el libelo genitor que, al demandado le fue reconocida la pensión de vejez por COLPENSIONES y, además, se encuentra percibiendo las mesadas pensionales, por lo que, afirma, se tipifica la justa causa de terminación del contrato de trabajo prevista en el numeral 14 del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el demandado y el sindicato comparecieron al proceso, pero no contestaron la demanda.

2.2. En el desarrollo de la audiencia del artículo 114 del CPTSS, se acogieron las pruebas documentales aportadas con el escrito de demanda; y, se practicó el interrogatorio de parte al demandado.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de la sentencia apelada el A quo acogió las pretensiones de la demanda, al estimar probado la condición de aforado y la justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo invocada en la demanda, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez al demandado con la respectiva inclusión en nómina.

IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 117 del C.P.T y la S.S, lo que procede es dictar de plano la correspondiente sentencia en segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez están presentes y, además, no ha sido discutidos por las partes. Se desatará,

entonces, de fondo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandada.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a autorizar a la parte demandante a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa a la demandada. Para tal efecto, se ha de establecer: **(ii)** si quedó acreditada la causal de terminación unilateral del contrato por justa causa por parte del empleador que fue invocada en la demanda.

Previo a dilucidar los anteriores interrogantes, se puntualizará lo relativo a la existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada.

3. La existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada

Las partes no discuten la existencia del contrato de trabajo, ni el fuero sindical del que goza el demandado por estar afiliado al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – SINALTRACAF– y ser actualmente secretario de la Subdirectiva Montería de esa organización sindical (CST, art. 407).

4. Justa causa para la finalización del vínculo laboral

4.1. La empleadora invocó como justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo la consagrada en el numeral 14 del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, cual es la relacionada con *«[e]l reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa»*.

La anterior causal fue declarada exequible de forma condicional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1037 de 2.003, así:

“siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”.

4.2. Pues bien; en el presente caso, la causal en comentario con el condicionamiento que estableció la guardiana de la carta se encuentra acreditada. En efecto, el mismo demandado, al absolver el interrogatorio de parte, explícita y claramente confesó que a él le fue reconocida la pensión de vejez y que, además, viene recibiendo el pago de las mesadas pensionales desde el mes de diciembre de 2.020.

4.3. A lo dicho se suma que, en el caso, ni siquiera hay lugar a dilucidar si la acción de levantamiento de fuero sindical por la causal en referencia está sujeta o no a

prescripción, porque el demandado y el sindicato vinculado no propusieron esa excepción de mérito, e incluso, ni siquiera contestaron la demanda.

4.4. Así que, el levantamiento del fuero sindical para autorizar el despido por la causal en comentario, es procedente, pues, además de tener respaldo en el numeral 14 del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, también lo tiene en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Vid. Sentencia C-1037 de 2.003) y en la de la Honorable Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencia STL10587-2018).

5. Costas

Dado que lo resuelto es el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a imponer condena en costas.

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:

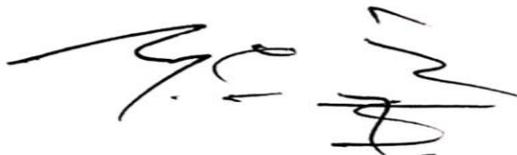
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en este nivel jurisdiccional.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA.....	3
IV. TRÁMITE EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA	3
V. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver.....	4
3. La existencia del contrato de trabajo y del fuero sindical de la demandada.....	4
4. Justa causa para la finalización del vínculo laboral.....	5
5. Costas	6
VI. DECISIÓN	6
RESUELVE:	6



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 280-2021

Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00252-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 9 agosto de 2.021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUANA DE LAS MERCEDES POSSO MARTINEZ contra la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la recurrente y beneficiaria de la consulta.

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 COLFONDOS no se opuso a las pretensiones de 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. RECURSO DE APELACIÓN

Arguye que COLPENSIONES no fue parte o 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, finalmente, de la condena en costas cuestiona el monto de las agencias en derecho.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y COLPENSIONES, presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación efectuada en la audiencia del artículo 80 del CPTSS (Vid. Sentencia SL4430-2014) e igualmente con respecto al grado jurisdiccional de consulta.

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**).

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

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.

Ahora, en lo que respecta específicamente al cuestionamiento de las agencias en derecho, debe señalarse que ese punto de la sentencia no es apelable en esta oportunidad procesal, dado que, según lo expresa el numeral 5 del artículo 366 del CGP, ese aspecto se controvierte

«mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación».

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo 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.

VII. DECISIÓN

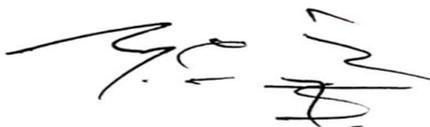
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase 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 280-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00252-01	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. RECURSO DE APELACIÓN.....	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
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	7
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	8
6. Costas de esta segunda instancia	9
VII. DECISIÓN	9
RESUELVE:	10
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	10



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 289-2021

Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00120-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre 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 – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 17 de agosto de 2.021, por el Juzgado Primero del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NIDIA ISABEL MARTÍNEZ CUELLO contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda 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. LOS 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 relativa a la devolución de los gastos de administración, porque ésta generó rendimientos financieros; además, el contrato de afiliación es de tracto sucesivo, por lo que no es procedente desconocer que existió una administración y simultáneamente condenar a los rendimientos financieros; y, si se mira la condena como una sanción, ésta no puede tener su fuente en la jurisprudencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de COLPENSIONES presentaron alegaciones

de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la 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 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 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”.

3.8. 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**).

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

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.

Ahora, en lo que respecta específicamente al cuestionamiento de las agencias en derecho, debe señalarse que ese punto de la sentencia no es apelable en esta oportunidad procesal, dado que, según lo expresa el numeral 5 del artículo 366 del CGP, ese aspecto se controvierte *«mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación»*.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a

COLPENSIONES y a PROTECCIÓN, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo 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°).

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,

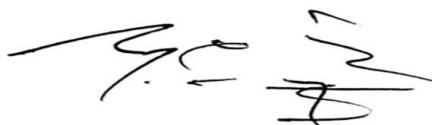
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase 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 289-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00120-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	10
6. Costas de esta segunda instancia	10
VII. DECISIÓN	11
RESUELVE:	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	12



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

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 295-2021

Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00098-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se tramita a favor del trabajador, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 19 de agosto de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JORGE LUIS BRAVO PÉREZ en contra de COMPLEMENTOS HUMANOS S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El demandante pide que se declare la existencia entre él y la parte demandada, existe un contrato de trabajo en misión por obra o labor contratada, y, en consecuencia, se condena a la última a pagar los salarios indexados en los periodos del presente año: del 2 al 29 de febrero, del 11 al 30 de marzo y del 21 de abril hasta la presentación de la demanda: 18 de diciembre de 2020.

1.2. Hechos

En resumen de lo sustancial, se afirma que desde el 23 de marzo de 2018 rige entre el demandante como trabajador y la demandada como empleadora, un contrato de trabajo en misión por obra o labor, con asignación salarial de \$1.552.400,00; que, por su condición de salud y su PCL fue reubicado desde el 2 de mayo de 2018 a realizar sus labores de servicios generales para la empresa usuaria FUNDACIÓN LAS GOLONDRINAS, siendo el lugar de trabajo el CDI PORVENIR ubicado en Montelíbano- Córdoba; que, en los periodos del 2 al 29 de febrero y del 11 al 30 de marzo, todos del 2020, la demandada, sin consentimiento del actor, interrumpió el contrato de trabajo bajo la figura de licencia no remunerada, y en el periodo del 21 de abril de 2020 y hasta la presentación de la demanda: 18 de diciembre de 2020, suspendió el contrato de trabajo invocando el numeral 1° del artículo 51 del CST por causa de la Emergencia Sanitaria Covid 19 decretada por el gobierno nacional.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida y notificada en legal forma la demanda, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación, pago, compensación, buena fe y cumplimiento del derecho*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se recibió el testimonio de EDWIN ALEXANDER FRANCO ESCOBAR, pedido por la parte demandada. No se practicó el interrogatorio de parte al demandante, porque éste no compareció a la audiencia.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al encontrar que la suspensión del contrato de trabajo estuvo acorde a la causal establecida en el numeral 1° del artículo 50 del CST.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2 Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: si el actor tiene derecho al pago de salarios indexados en los periodos del 2 al 29 de febrero, del 11 al 30 de marzo y del 21 de abril al 18 de diciembre, todos del año 2020.

3. Solución al problema planteado

3.1. Observa la Sala que las partes no discuten que el contrato de trabajo que vincula a las partes es de trabajador en misión por duración de obra o labor contratada.

3.2. Puestas así las cosas, es pertinente recordar que, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, en efecto, los contratos de trabajo entre las empresas temporales de servicios y los trabajadores que ella envía en misión a empresas usuarias, pueden ser por duración de obra o labor contratada (Vid. CSJ Sentencias SL3282-2018 y SL3520-2018), y, además, una causal objetiva de terminación de tales contratos, aun frente a trabajadores en situación de discapacidad, es la culminación de la obra o de las labores acordadas (Vid. CSJ Sentencia SL3520-2018).

3.3. Pues bien; la parte demandada demostró con el testimonio de EDWIN ALEXANDER FRANCO ESCOBAR y las comunicaciones u oficios adjuntadas a su contestación de demanda, enviadas por la empresa usuaria FUNDACIÓN LAS GOLONDRINAS, que ésta no le requirió servicios, esto es, obra o labor, en los periodos en los que el actor reclama el pago de salarios indexados.

Así que, observa la Sala que, al no existir obra o labor por el cual se contrató al demandante, existe sustracción de materia, y, por consiguiente, la parte actora, en vez de finalizar el vínculo laboral, a fin de protegerlo por razones de su salud y PCL, lo que ha realizado es suspender el contrato de trabajo, a fin de continuarle pagando la seguridad social.

3.4. Ahora, se afirma en la demanda que la suspensión del contrato ha perdurado por más de 120 días. Al respecto, se señala que este término es para la causal prevista en el numeral 3° del artículo 51 del CST, en tanto la causal invocada por la parte demandada es la prevista en el numeral 1° ibídem, esto es, la relativa a la fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida la ejecución del contrato de trabajo.

Con todo, haciendo abstracción de lo antes dicho, es decir, de que la causal de suspensión del contrato de trabajo invocada no fue la del numeral 3° sino la del numeral 1° del artículo 51 del CST, y, atendiendo que esta figura por esencia es eminentemente temporal, lo cierto es que, como se dijo, sería peor para el actor, por su situación de salud, que la

demandada le extinga el vínculo laboral por terminación de la obra o labor, habida cuenta que, con la suspensión, le han continuado cubriendo la seguridad social.

3.5. Ahora, en cuanto a que la Pandemia del Covid 19 que inició en el 2020 constituya una fuerza mayor o caso fortuito, y, por ende, sea causal de suspensión de contrato de trabajo, así lo ha aceptado la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-279 de 2021, pero, claro está, ha de examinarse las particularidades de cada caso concreto. Y, en lo que aquí concierne, la Sala encuentra que, en efecto, sí se estructura esa fuerza mayor o caso fortuito, porque del testimonio de EDWIN ALEXANDER FRANCO ESCOBAR y de los oficios o comunicaciones que a la demandada le envió la empresa usuaria FUNDACIÓN LAS GOLONDRINAS, ésta, por virtud de la Pandemia, le suspendió a la demandada el contrato de suministro de personal, habida cuenta que a dicha usuaria a su vez el ICBF le suspendió el contrato que motivó el requerimiento de trabajadores en misión.

En contraste de lo anterior, la parte demandante no aportó prueba que derruya los anteriores hechos, e incluso, ni siquiera concurrió a la audiencia a absolver el interrogatorio de parte, como tampoco participar en la etapa de conciliación.

3.6. Finalmente, observa la Sala que, la demandada no avisó al Ministerio del Trabajo de forma inmediata la suspensión del contrato de trabajo, no obstante, la falta de

ese aviso (y, con mayor razón, el aviso tardío) no constituye una condición de eficacia cuando la causal de suspensión lo sea la fuerza mayor o caso fortuito, sino, a lo sumo, un incumplimiento o falta administrativa que sólo podía dar lugar a una sanción administrativa. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-279 de 2021 expresó:

“93. El CST no impone a los empleadores la obligación de solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para suspender los contratos laborales por fuerza mayor o caso fortuito. Esta autorización únicamente es exigible cuando los empleadores invocan la causal prevista en el numeral 3° de artículo 51, la cual es aplicable a eventos de suspensión o clausura temporal de actividades de la empresa, por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador . En efecto, el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 dispone que, en eventos de suspensión por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador sólo está obligado a “dar inmediato aviso” al inspector del trabajo. El aviso al inspector del trabajo no es una condición de eficacia de la suspensión; su incumplimiento únicamente implica una falta administrativa que podría dar lugar a una sanción administrativa”.

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

3. Costas

No hay lugar a condena en costas por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta (CGP, art. 365).

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,

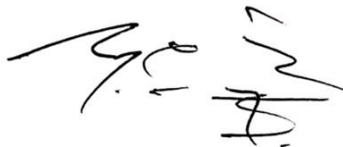
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido	
FOLIO 295-2021	1
Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00098-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
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
3. Costas	7
VII. DECISIÓN	8
RESUELVE:	8
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	8



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 305-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00368-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación en contra de la sentencia pronunciada en audiencia de 23 de agosto de 2.021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JORGE ALBERTO MUÑOZ MADERA, en contra del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, SEGUROS DEL ESTADO S.A. y el CONSORCIO AULAS 4, integrado por LEONARDO JALIL DAVID ORDOSGOITIA y EFE GROUP S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre el demandante en calidad de trabajador, y el CONSORCIO AULAS 4,

integrado por LEONARDO JALIL DAVID ORDOSGOITIA y EFE GROUP S.A.S., en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que cobró vigencia entre el 21 de octubre de 2015 hasta el 7 de agosto de 2016, y, en consecuencia, se condene a estos al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamados en la demanda, con responsabilidad solidaria del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y SEGUROS DEL ESTADO, a quien el actor llamó en garantía.

2. Trámite y contestación de la demanda

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

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última se practicó el interrogatorio al demandante y se recibieron los testimonios de OSCAR DARÍO JULIO GUZMÁN y FÉLIX MANUEL BEDOYA MORALES, ambos solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS PUNTOS IMPUGNADOS

A través de esta, se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el CONSORCIO AULAS 4 desde el 31 de octubre de 2015 hasta el 7 de agosto de 2016, y, en consecuencia, condenó al último con solidaridad del

DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., pagar sumas de dinero por concepto de salarios insolutos, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones compensadas, negando las demás pretensiones de la demanda.

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

Y, en cuanto a la responsabilidad solidaria del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y de SEGUROS DEL ESTADO, dijo, en cuanto al primero, que fue el dueño de la obra en la que trabajó el actor y la actividad laboral de éste no es extraña a las actividades normales de ese ente territorial; y, respecto del segundo, afirmó que la obligación de esa aseguradora, por economía procesal, puede ser ventilada en este proceso en el que no sólo se ha de velar por los derechos del demandante, sino también de los demandados.

IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por no haberse condenado al pago de las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, y, al respecto, señaló que el Consorcio demandado y sus integrantes tuvieron un comportamiento indiferente en el proceso, a tal punto que negó la relación laboral y, además, uno de sus integrantes debió ser vinculado a través de curador ad litem; que no le bastaba a ese consorcio con negar la relación laboral, sino probar causa que justificase el no pago de los salarios y prestaciones sociales, cuya falta de pago fue acreditado con la prueba testimonial.

3. Apelación del Departamento de Córdoba

Protestó contra la sentencia inicial, exponiendo que no le asiste responsabilidad solidaria, porque, afirma, la beneficiaria de la obra es la comunidad escolar indígena y la cláusula 21 del contrato que ese ente territorial suscribió con el Consorcio demandado, estipula que sólo a éste le incumbe la responsabilidad de las obligaciones laborales de sus trabajadores.

2. Apelación de Seguros del Estado S.A.

Sus inconformidades hacen referencia a que la aseguradora no tiene legitimación para pagar directamente

al demandado, porque este no es asegurado ni beneficiario o parte alguna del contrato de seguro. Agregó además que el contrato de seguros no cubre el rubro de las costas procesales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales del Departamento de Córdoba y de SEGUROS DEL ESTADO S.A., presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y las sustentaciones de la apelación efectuados en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fue notificado en estrado de la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

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

(i) Por virtud del recurso de apelación de la parte demandante, si procede la condena al pago de las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990;

(ii) Por virtud de la apelación del Departamento de Córdoba, si le incumbe la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales demandadas del CONSORCIO AULAS 4, con respecto al demandante.

(iii) Por virtud del recurso de apelación de SEGUROS DEL ESTADO S.A., si el demandante está legitimado para pedir pago directo a aquélla; si empleador del demandante es parte del contrato de seguro; y, de responderse afirmativamente estos interrogantes, si le asiste la obligación de cubrir las costas del proceso.

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

2.1. Protesta la parte demandante por no haberse condenado a las sanciones moratorias señaladas, arguyendo que el CONSORCIO AULAS 4 negó la relación laboral y, además, uno de sus integrantes debió ser vinculado a través de curador ad litem; que no le bastaba a ese consorcio con negar la relación laboral, sino probar causa que justificase el no pago de los salarios y prestaciones sociales, cuya falta de pago fue acreditado con la prueba testimonial.

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

2.2.1. Así, en cuanto a que hayan negado el vínculo laboral, no es motivo para predicar su mala fe, sino, por el contrario, la buena fe, a no ser que, en el proceso aparezcan pruebas que evidencia haber ejercido los demandados poder subordinante sobre el demandante, pruebas estas que no las hay, ya que, del dicho de los testigos del demandante, como categóricamente lo afirmara el A quo, no se extrae pruebas del ejercicio del poder subordinante por parte del Consorcio demandado como empleador.

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

2.3. Finalmente, el criterio de este Tribunal en el que se apoyó la A quo para no imponer las sanciones moratorias, cual es que éstas, por norma general (o sea no es una regla absoluta), no se abren paso cuando no hay prueba de haber ejercitado el demandado poder subordinante sobre el demandante, habiéndose entonces declarado la existencia del contrato de trabajo por la sola la demostración de la

prestación de los servicios personales, es decir, exclusivamente por presunción del artículo del artículo 24 del CST, es un criterio que sido encontrado razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**, además se trata de una tesis que se derivado de la jurisprudencia de ese órgano de cierre, por ejemplo, de las sentencias: **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765, SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767, SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL6380-2015, SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017, SL19093-2017 y SL1426-2018.**

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

3. Responsabilidad solidaria del Departamento de Córdoba

3.1. Aduce la vocera judicial del Departamento de Córdoba que a éste no le asiste responsabilidad solidaria, porque los reales beneficiarios de la obra contratada es una comunidad escolar indígena, y, además, cláusula 21 del contrato que ese ente territorial suscribió con el Consorcio demandado, estipula que a sólo a éste le incumbe la responsabilidad de las obligaciones laborales de sus trabajadores.

3.2. Los anteriores reparos de la apelación del mentado ente territorial demandado, no son de recibo.

3.2.1. En lo que respecta a que el Departamento de Córdoba no es el beneficiario de la obra, pues, aun cuando se aceptara esta afirmación, pasa por alto la apoderada de este ente, que la solidaridad laboral se instituye en el numeral 2° del artículo 34 del CST no sólo para el beneficiario del trabajo o de la obra, sino también para el dueño de la misma; y, en el caso, es indiscutible que dicho ente territorial funge como dueño de la obra en la que el actor realizó su actividad laboral, habida cuenta que fue el ente que contrató y pagó la realización de la misma (Construcción de 4 aulas escolares tipo tambos y baterías sanitarias en distintas instituciones educativas indígenas del Departamento de Córdoba), según se desprende del contrato de obra n° 828-2015, el cual celebró con el CONSORCIO AULAS 4 (empleador del actor).

3.2.2. Y, en cuanto a que en la cláusula 21 del contrato de obra antes referido, se estipuló que sólo al Consorcio le incumbía la obligación laboral con respecto a sus trabajadores, y no al Departamento de Córdoba, cabe precisar (i) que, en efecto, el contratista independiente es el real empleador y, por ende, las obligaciones laborales son suyas; empero, ello no impide que, para el pago de las mismas, se imponga la solidaridad al beneficiario o dueño del trabajo u obra; y, (ii) la responsabilidad solidaria en comentario tiene su fuente en la ley, (CST, art. 34.2°), más no en los convenios o contratos, y, en todo caso, en éstos no es dable excluir la mentada solidaridad prevista en la citada norma legal, porque ésta a la luz de lo señalado en el artículo 12 ibídem es de orden público.

Sobre el particular, resulta pertinente los siguientes pasajes de la sentencia SL652-2018 de la Honorable Sala de Casación Laboral

“También pasó por alto el juez colegiado, que el Legislador limitó la facultad negocial entre la persona proveedora y la empresa utilizadora o usuaria, en materia de responsabilidad solidaria, respecto del trabajador, reservándose el derecho de establecer las condiciones para que la misma opere, por lo que las relaciones contractuales referidas, debían ser analizadas en perspectiva de verificar si la labor desempeñada por el trabajador, o por el contratista independiente, estaban relacionadas con el objeto social del consorcio beneficiario o del dueño de la obra, sin que pueda ser de recibo la simple manifestación de que la responsabilidad recaía exclusivamente en el arrendador de la maquinaria, en virtud del acuerdo celebrado entre las partes.

(...).

Es por todo lo anterior, y especialmente porque la solidaridad del beneficiario de un servicio tiene su origen en la ley y no en el contrato, y por tanto constituye un imperativo de orden público de obligatorio cumplimiento”.

Conforme a lo dicho, no prospera la apelación del Departamento de Córdoba.

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

4.1. Aduce SEGUROS DEL ESTADO S.A. que el demandante no está legitimado para reclamar el pago directo del amparo de la póliza suscrita por aquella.

4.2. Lo anterior es de aceptación, porque, si nos atenemos a la póliza de seguros aportadas al proceso, se observa que, la No. 53-44-10-101000874, adjuntada con la demanda, se observa que no aparece como asegurado y/o beneficiario, el demandante, sino el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, y, bajo tales circunstancias, no tiene el demandante, aún en su condición de trabajador del tomador (CONSORCIO AULAS 4), acción directa en contra de la mentada aseguradora. Sobre el particular, resulta pertinente el siguiente pasaje de la sentencia SL652-2018 de la Honorable Sala de Casación Laboral:

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

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

4.3. No escapa a la Sala que el A quo fundamentó la condena a la aseguradora, arguyendo que la figura del llamamiento en garantía se sustenta en la economía procesal, por lo que, a su juicio, no hay impedimento en que en este proceso se ventile la obligación de aquélla, siendo que no sólo debe proteger el derecho del demandante sino el de todas las partes.

Lo anterior no es de recibo, porque al juez, como tercero imparcial de la relación procesal, no le incumbe hacer actos de partes, y, la formulación de un llamamiento en garantía hincado en un contrato de seguros, es acto exclusivo de parte, concretamente de aquella parte procesal que le asiste el derecho de reembolso de las condenas que le incumba cubrir, o que a su favor sea titular de la acción directa, acción ésta que, por ley, no se impone para los seguros de pago de acreencias laborales, ni tampoco aparece pactada en la póliza en comentario.

Consecuente con lo dicho, ha de declararse probada la excepción de mérito de falta de legitimación activa del demandante para afectar la póliza de seguros n° 53-44-10-101000874.

5. Conclusión

De lo expuesto, se concluye que sólo hay lugar a revocar la condena que se le impuso a la aseguradora, y, por el contrario, absolver a ésta de las pretensiones de la demanda.

Así mismo, hay lugar a revocar la condena en costas que, en favor del demandante, se impuso a esa aseguradora, porque ninguna pretensión de éste resultó avante en contra de aquélla.

5. Costas

Dado que la apelación de la parte demandante y del Departamento de Córdoba no prosperaron, pero sí la de SEGUROS DEL ESTADO S.A., aquélla debe pagar a ésta las costas de la primera instancia. En cuanto a las de segunda instancia, no se impondrá condena en costas, porque la parte actora no replicó la apelación de la mentada aseguradora (CGP, art. 365, numerales 4° y 8° del artículo 365 del CGP).

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 del demandante y en favor de SEGUROS DEL ESTADO, en 1 SMMLV para la primera instancia, por ser el mismo monto fijado por el A quo para señalar las costas a cargo de los otros demandados.

V. DECISIÓN

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el **numeral cuarto** de la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone ABSOLVER a SEGUROS DEL ESTADO S.A. de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo dispuesto en el anterior numeral, se dispone **MODIFICAR** el **numeral octavo** de la sentencia apelada, en el sentido que las excepciones de mérito propuesta por SEGUROS DEL ESTADO S.A. relacionada a la falta de legitimación activa del demandante para afectar la póliza de seguros n° 53-44-10-101000874, se declara probada.

TERCERO: MODIFICAR el **numeral noveno** de la sentencia apelada, en el sentido de **REVOCAR** solamente la condena que en dicho numeral se impuso a SEGUROS DEL ESTADO S.A. de pagar las costas al demandante, y, por el contrario, condenar al demandante a pagar a dicha aseguradora las costas de la primera instancia como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta segunda instancia.

SEXTO: 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 305-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00368-01	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, EN LOS	2
PUNTOS IMPUGNADOS	2
IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN.....	3
1. Apelación de la parte demandante.....	4
3. Apelación del Departamento de Córdoba	4
2. Apelación de Seguros del Estado S.A.	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES.....	5
1. Problema jurídico a resolver	5
2. Sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST ...	6
3. Responsabilidad solidaria del Departamento de Córdoba	8
4. Falta de legitimación del demandante para obtener pago directo de la aseguradora	10
5. Conclusión	12
5. Costas	13
V. DECISIÓN	13
RESUELVE:	14
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	15



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

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 314-2020

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2014-00183-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se deciden los recursos de apelación interpuesto por todas las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, en audiencia de 2 de octubre de 2020, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por TERESA PADILLA CAMPO contra la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, en el cual fue vinculada como litisconsorte necesario la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

La actora pide la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida por su condición de cónyuge supérstite del causahabiente ENRIQUE ANTONIO MERCADO CARVAJAL (QEPD), teniendo en cuenta todo el tiempo laborado por éste desde el año 1987, los factores salariales que le fueron pagados, mesada 14 e incremento por persona a cargo, y, además, la indexación y los intereses moratorios.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA la contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: *prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de causa y del derecho invocado*.

2.2. El Juzgado, de forma oficiosa, vinculó al proceso a COLPENSIONES, la que se opuso formulando las excepciones de mérito que denominó: *falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y cobro de lo no debido*.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma separada, y, en la última, se incorporó como prueba el expediente administrativo del causahabiente aportado por COLPENSIONES.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta se accede a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que disfrute la demandante, disponiendo como monto de la mesada inicial la suma de \$421.828,66, a partir del 04 de octubre de 2001, la que, para el año 2.020, asciende a la suma mensual de \$1.012.044,69. Esto porque, a pesar de encontrar dos certificaciones sobre el ingreso salarial del causahabiente, por virtud del principio de favorabilidad, escogió el más favorable a la parte actora, y, con sustento en dicha certificación y en el Decreto 1158 de 1994 y artículo 48 de la Ley 100 de 1993, hizo la respectiva reliquidación. Y, justamente, por acceder a la reliquidación con apego al principio de favorabilidad, se abstuvo de condenar al pago de intereses moratorios. De otra parte, no encontró acreditado que a la pensión se le estén efectuando descuentos por concepto de cuota sindical, razón por la cual negó la devolución de éstos.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

La parte actora formuló a la sentencia inicial reparos que, en resumen, se contraen: (i) a que se debió establecer el monto de la pensión de sobrevivientes con apego al inciso 4° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, pues de acudirse a dicho numeral, se aumentaría el 3%, más no el 2% como lo hizo el A quo, por cada 500 semanas de cotización adicionales a las primeras 500; (ii) a que se debió condenar a

la Universidad al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque ésta, al ser una alma mater, cabe predicar su mala fe; y, (iii) que en el CD aportado por la Universidad, el cual, afirma, aparece a folio 97, se encuentra probado los descuentos por concepto de cuota sindical que se han efectuado.

2. Apelación de la Universidad de Córdoba

La Universidad de Córdoba protesta arguyendo estar en desacuerdo con las normas empleadas para establecer el ingreso base de liquidación, haciendo ver que se debió aplicar el Decreto 1158 de 1994, el cual establece los factores que se deben tener en cuenta para establecer el IBL.

3. Apelación de Colpensiones

La vocera judicial de COLPENSIONES refuta la sentencia exponiendo que no debe ser condenada por las omisiones de la Universidad de Córdoba y que se estudie la prescripción de las cuotas partes que se le impuso asumir.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero como además debe resolverse el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, le corresponde a la Sala dilucidar:

(i) Por virtud de la apelación de la parte demandante, si (i.1.) si erró el A quo al no aplicar el inciso 4° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, para efectos e establecer el monto de la pensión de sobrevivientes; (i.2.) si hay lugar a imponer la condena al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y, (i.3.) si hay lugar a condenar a la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, a la devolución de los descuentos por concepto de cuota sindical.

(ii) Por virtud de la apelación de la demandada Universidad de Córdoba, si el A quo acudió a normativa distinta a la considerada por ese ente para liquidar la pensión de sobrevivientes de la demandante.

Y, **(iii)** Por virtud de la apelación y del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, efectuar el estudio panorámico del caso, en

aras de revisar la legalidad de la condena que en este proceso le fue impartida a dicha administradora de pensiones.

3. Respecto a la aplicación del inciso 4° del artículo 48 de 1993

3.1. Aduce el apoderado de la parte demandante que, se debió establecer el monto de la pensión de sobrevivientes con apego al inciso 4° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, pues de acudirse a dicho numeral, se aumentaría el 3%, más no el 2% como lo hizo el A quo, por cada 500 semanas de cotización adicionales a las primeras 500.

3.2. Lo anterior no es de recibo, porque la pertinencia o utilidad de la aplicación del referido numeral surge cuando con los incisos restantes del artículo 48 en comentario se obtenga una tasa de reemplazo inferior al 65%. Es decir, con el inciso no es dable establecer un IBL de forma distinta a la contemplada en la Ley 100 de 1993, sino a mejorar el monto, vale decir, la tasa de reemplazo sin que ésta sea superior al 65%.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1750-2019 discurrió:

“De suerte que, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 únicamente fija los montos de la prestación, **otorgando la posibilidad a los beneficiarios del afiliado, de superar la tasa de reemplazo que en condiciones normales se aplicaría**, siempre que se cumplan paralelamente los requisitos de la citada Ley 100 y del Acuerdo 049 de 1990, según lo consagra la norma al señalar que el monto

Rad. 23-001-31-05-001-2014-00183-02. Folio 314-2020.

sería el «*equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley*» (Subraya la Sala)”. Sólo las negrillas son del Tribunal.

3.3. Puesta así las cosas, en el caso, no resulta favorable la aplicación del susodicho inciso 4° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, porque en la liquidación establecida por el A quo con sujeción en el inciso 2°, obtuvo y aplicó una tasa del 68,5%, esto es, muy superior a la del 65% que es la máxima que podría obtenerse con el referido inciso 2°.

No se atiende entonces este reparo de la apelación de la parte demandante.

4. Respecto a los intereses moratorios

4.1. Expone al apoderado de la actora que se debió condenar a la Universidad al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque ésta, al ser alma mater, cabe predicar su mala fe.

4.2. Lo anterior tampoco es de acogimiento, porque, para empezar, la procedencia de los intereses moratorios no está atada a consideraciones de buena o mala fe del deudor, porque éstos no tienen naturaleza sancionatoria (Vid. CSJ Sentencias SL4376-2020; SL3591-2019; SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y, SL, 12 may. 2005, rad. 22605).

4.3. Asimismo, ha de señalarse que «*no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios y ha*

definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas, en que se exonera de su pago». Uno de tales casos es cuando sin la aplicación de un necesario principio de raigambre constitucional o jurídico, el derecho no habría sido reconocido, como, por ejemplo, lo evidencian los casos en los que una prestación pensional tuvo lugar por virtud del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).

4.4. Pues bien, en el presente caso, el A quo para acceder al derecho invocado (reliquidación de la pensión), acudió al principio de favorabilidad o pro operario, y, por virtud de éste, de distintos certificados de los ingresos salariales del causahabiente, escogió aquél que favorecía a la demandante, y, bajo tal circunstancia, reliquidó a ésta la pensión de sobrevivientes.

4.5. En ese orden de ideas, comparte la Sala la apreciación del A quo de no condenar al pago de los intereses moratorios en referencia, más todavía cuando en la demanda se pidieron éstos acumulativamente con la indexación, siendo que ambos rubros son incompatibles (Vid. CSJ Sentencia SL14269-2014).

En fin, tampoco prospera el reparo de la apelación de la parte concerniente a condenar al pago los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5. Devolución de los descuentos por concepto de cuota sindical

5.1. El A quo se abstuvo de condenar a la devolución de los descuentos por concepto de cuota sindical, porque no encontró probado que tales descuentos se hacen a la pensión de sobrevivientes de la demandante.

5.2. A su turno, el apoderado de la demandante expone que, en el CD aportado por la Universidad, el cual, afirma, aparece a folio 97, se encuentra probado los referidos descuentos.

5.3. Al respecto, la Sala al revisar el expediente escaneado no encontró prueba de descuento alguno por concepto de cuotas sindicales, y, al no advertir cuáles eran los documentos escaneados del CD al que alude el apoderado de la parte demandante con su apelación, se dictó un auto requiriendo al Juzgado, entre otras piezas procesales, dicho CD o los documentos contenidos en éste. E incluso, dio posibilidad a las partes que lo aportaran.

Seguidamente, el Juzgado responde el requerimiento efectuado, y, entre los documentos enviados, aparece un pdf. titulado: «Hoja de Vida Enrique Mercado Carvajal», en el cual se advierten descuentos de cuotas sindicales, pero efectuados al salario del causahabiente hasta el mes de octubre de 2001, es decir, salarios que aquél causó obviamente en vida.

5.4. Entonces, como la Sala, al igual que el A quo, no halla prueba que a la pensión de sobrevivientes que disfruta la demandante se le han efectuado descuentos por concepto de cuota sindical, no hay lugar a realizar análisis encaminados a determinar si estos deben ser o no devueltos a aquélla –a la demandante–, lo que significa entonces que esta inconformidad de la apelación de la parte activa tampoco prospera.

6. Respecto a la normatividad empleada para establecer el IBL

6.1. La Universidad de Córdoba apela la sentencia, arguyendo que no está de acuerdo con la normatividad utilizada para establecer el ingreso base de liquidación, haciendo ver que se debió aplicar el Decreto 1158 de 1994, el cual establece los factores que se deben tener en cuenta para establecer el IBL.

6.2. Al respecto, cabe señalar que el A quo, precisamente, aplicó el referido Decreto 1158 de 1994, a fin de determinar los factores salariales a tener en cuenta para liquidar el IBL. Es más, el certificado de ingresos salarios que tuvo en cuenta para efectuar la liquidación, cual es el obrante a folios 49 y 50 (o páginas 55 a 56, pdf. «23001310500120140015300 PRIMERA INSTANCIA»), no certifica ningún emolumento distinto al sueldo del causahabiente, por lo que, entonces, no se avizora que el A quo haya tenido en cuenta algún rubro que no corresponda a los establecidos en el referido Decreto 1158 para la

determinación de la base de cotización, y, por ende, de liquidación de la pensión.

Significa lo anterior, la no prosperidad de la apelación de la Universidad de Córdoba.

7. Respecto a la condena impartida a Colpensiones

7.1. La actora sólo demandó a la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, la que, por ser la ex empleadora del causahabiente, le reconoció a aquélla –a la actora– la pensión de sobreviviente objeto de su pretensión de reliquidación.

7.2. El Juzgado, mediante auto pronunciado en audiencia de 28 de junio de 2019, invocando la figura del litisconsorcio necesario, de forma oficiosa vinculó a este proceso a COLPENSIONES, al encontrar que la universidad demandada efectuó el reconocimiento de pensión compartida con dicha administradora de pensiones.

7.3. Al respecto, encuentra la Sala que, COLPENSIONES no tiene la condición de litisconsorte necesario en el litigio planteado con la demanda, porque, tal como la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral se ha encargado de señalar reiteradamente, el legislador ordinario y reglamentario han sido constante en revelar, a través de distintas normas, que, para el reclamo de prestaciones pensionales, no es necesario incoarlo frente a todos los involucrados, sino frente al último empleador o la

última entidad de seguridad social a que estuviese afiliado, según el caso (**Vid. Sentencias SL442-2013; SL, 22 en. 2013, Rad. 45973; SL, 1° feb. 2011, rad. 40532; SL, 30 nov. 2005, rad. 25433; y, SL, 14 dic. 2001, rad. 15977**).

7.4. Así que, lo que se observa es que el Juzgado ha vinculado a una administradora de pensiones frente a la cual la demandante no formuló ninguna pretensión, y en la relación jurídica que aquella plantea no encaja la empresa vinculada como litisconsorte necesario. Simple y llanamente la actora con su demanda ha estimado que la ex empleadora de su causahabiente y quien le reconoció a aquélla la pensión de sobreviviente, le incumbe igualmente reliquidarla. Ahora, que esta demandada tenga o no el derecho de imponer a COLPENSIONES el pago de cuotas partes pensionales, ello es un tema que, para ser debatido en el presente proceso, requería que las partes, concretamente la Universidad demandada, formulara la pretensión de reembolso por el reconocimiento y pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso, para lo cual disponía a su alcance la figura procesal del llamamiento en garantía, el cual es a instancia de parte, mas no es officioso del juez, a no ser que se advierta colusión o fraude de las partes con respecto a un tercero, que no es lo aquí acontecido.

O quizás también contaba la Universidad demandada con la posibilidad de pedir la vinculación de COLPENSIONES, arguyendo su naturaleza de litisconsorte cuasinecesario, calidad ésta que sí ha reconocido la

Honorable Corte Suprema de Justicia en casos un poco similares al presente (**Vid. CSJ Sentencias SL767-2013 y SL, 16 feb. 2005, Rad. 22993**), pero que, precisamente, por no ser necesarios, sino cuasinecesarios, no es del resorte del juez imponer la vinculación de esos sujetos en quienes pueden recaer esa condición.

7.5. Es que, ni apelando el juez laboral de primera instancia a sus facultades extra y ultra petita, le era dable vincular al proceso a COLPENSIONES, sobre la base de que la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, al reconocer la pensión de sobrevivientes, tenga derecho o no a repetir contra aquella una cuota parte pensional.

En efecto, el Tribunal, en sentencia 18 de julio de 2017, rad. 2014-00108, Folio 321-2015, y reiterada en las sentencias de 23 abril de 2021, rad. 2017-00368, Folio 313-2020; y, 21 de agosto de 2018, rad. 2016-00348-01, Folio 282-2017, expresó lo siguiente:

“la facultad extra y ultra petita del juez laboral tiene que ver con el objeto y causa de la pretensión, más no con los sujetos. En efecto, la norma claramente establece que podrá acceder a salarios, prestaciones o indemnizaciones (esto hace relación al objeto) distintos a los pedidos (extra petita), e igualmente puede condenar por sumas mayores a las solicitadas (también hace referencia al objeto de la pretensión –ultra petita–). Y, para ello, dice la norma, los hechos (o sea la causa fáctica) deben haber sido discutidos y probados. En cuanto a la causa jurídica, no sólo en el proceso laboral, sino, por regla general, en todos los demás procesos (salvo algunas excepciones constitucionales y legales,

Rad. 23-001-31-05-001-2014-00183-02. Folio 314-2020.

por ejemplo, acciones de inconstitucionalidad o de nulidad), el juez, por virtud del principio *iura novit curia*, puede fundamentar la sentencia en normas jurídicas distintas a las invocadas.

Empero, de lo que sí resulta claro es que, a la luz del precepto legal en mención, por línea general, las facultades extra y ultra petita del juez laboral, no tienen el alcance de acceder al petitum u objeto de la pretensión, frente a sujetos respecto de los cuales dicho petitum no le ha sido pretendido por el actor, **y mucho menos, a sujetos no demandados**. Las excepciones a esto tienen que ver con los casos de litisconsorcio necesario, o quizás con la figura del llamamiento ex officio, que tiene por objeto no condenar a ese tercero, sino salvaguardar sus intereses frente a las partes del proceso”.

7.6. Puestas así las cosas, no era dable en este proceso condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES, porque ella no fue demandada, ni tampoco su vinculación fue pedida por la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, la que sí tenía la facultad, mas no la obligación, de formular pretensiones en contra de la aludida administradora de pensiones, más no lo hizo. No hay entonces pretensiones de la demanda, ni tampoco pretensión revérsica o de reembolso de la única demandada en contra de COLPENSIONES, que se haya tenido la necesidad de decidir, sin que resulte de aceptación, como se dijo, tenerla como litisconsorte necesario, porque aun cuando se estimare que la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA pueda tener derecho a repetir por cuotas partes pensionales, ese debate no lo planteó, y, por consiguiente, ello debe ser ventilado por dicha universidad en escenario distinto al del presente proceso.

Y, tampoco podría mirarse como legal la vinculación de la mentada empresa a la luz de la figura del llamamiento ex officio, porque ésta no tiene por objeto condenar al llamado, sino salvaguardar sus intereses frente a las partes del proceso, lo cual no es lo aquí acontecido.

7.8. En fin, terminó COLPENSIONES vinculada y hasta condenada por una pretensión que no le hicieron las partes en el presente proceso. Aún más, hasta terminó siendo condenada dicha entidad por el Juzgado sin que éste estableciera la legalidad de la obligación, porque el A quo explícitamente dijo que no era de su resorte analizar y menos decidir si la decisión administrativa de la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA de imponer y cobrar cuotas partes pensionales a COLPENSIONES.

7.9. Deviene de lo expuesto, la revocatoria de las condenas imaprtidas en este proceso a COLPENSIONES, sin que por esto haya que condenar en costas a las partes, pues, como se dijo, fue a instancias de éstas la vinculación procesal de aquella administradora de pensiones. Aclárese sí, que esta decisión no implica que la UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA no pueda establecer por fuera del presente escenario procesal, su derecho o no a obtener de COLPENSIONES alguna cuota parte pensional con relación a la pensión de sobreviviente que aquélla reconoció a la demandante y cuya reliquidación fue aquí ventilada.

Lo expuesto se estima suficiente para efectuar la revocatoria atrás anunciada de la sentencia apelada y consultada, y, en lo demás, confirmarla.

8. Costas

Dado que en el trámite de esta segunda instancia no hubo intervención alguna de las partes, no hay lugar a imponer condena en costas por no estimarse causadas (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: DESVINCULAR del presente proceso a la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** los **numerales segundo, tercero, sexto y séptimo** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de excluir las condenas y declaraciones que dichos numerales contienen en contra de la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–.

Rad. 23-001-31-05-001-2014-00183-02. Folio 314-2020.

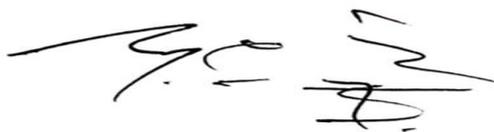
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Reconocer como apoderada judicial de la Universidad de Córdoba a la abogada DIANA MELISSA CASTILLO PEÑATES, en los términos y para los fines del poder a ella conferido.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 314-2020.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2014-00183-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.....	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante.....	3
2. Apelación de la Universidad de Córdoba	4
3. Apelación de Colpensiones	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico	5
3. Respecto a la aplicación del inciso 4° del artículo 48 de 1993.....	6
4. Respecto a los intereses moratorios	7
5. Devolución de los descuentos por concepto de cuota sindical	9
6. Respecto a la normatividad empleada para establecer el IBL	10
7. Respecto a la condena impartida a Colpensiones.....	11
8. Costas	16
VII. DECISIÓN	16
RESUELVE:	16
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	17



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 315-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2020-000109-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de septiembre de 2.021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RODRIGO RAMÓN RUIZ PETRO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES – COLPENSIONES–.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El actor pide el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 o a la Ley 71 de 1988, para lo cual aduce ser beneficiario del régimen de transición y haber cotizado un total de 1.003 semanas cotizadas de las cuales cotizó más de 750 antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y propuso entre otras excepciones la de *cosa juzgada*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma separada, y, en la última, se incorporó como prueba trasladada el proceso ordinario laboral tramitado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, bajo el radicado 23-001-31-05-004-2020-00109, en el que fungieron como partes las mismas del presente proceso.

III. LA SENTENCIA APELADA

Declara probada la excepción de cosa Juzgada y, por ende, absuelve a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, al estimar que el presente proceso guarda identidad de partes, objeto y causa con el finalizado proceso ordinario laboral tramitado ante el Juzgado Primero Laboral

del Circuito de Montería, bajo el radicado 23-001-31-05-004-2020-00109.

IV. EL RECURSOS DE APELACIÓN

Aduce el vocero judicial de la parte demandante que, no cabe predicar la cosa juzgada, porque en el anterior proceso se pidió y se decidió sólo el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en tanto que en el presente proceso se demanda la pensión de vejez a la luz del referido Acuerdo o acorde a la Ley 71 de 1988; que en el anterior proceso no hubo un análisis exhaustivo de las pruebas y la pensión de vejez es un derecho garantizado por la Constitución que puede solicitarse en cualquier tiempo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si en el caso cabe predicar la cosa juzgada; de no ser así, **(iii)** si el actor tiene derecho a la pensión de vejez de la Ley 71 de 988.

3. Existencia de cosa juzgada en el caso

3.1. En el pasado, el demandante promovió en contra del ISS hoy COLPENSIONES proceso ordinario laboral, rad. 23-001-31-05-004-2020-00109, tramitado por el Juzgado Primero, en el que pretendió le reconocieran ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, el reconocimiento de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, para lo cual afirmó haber cotizado 1003 semanas, de las cuales más de 750 cotizó antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

3.1.1. Dicho proceso, culminó con sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la SL4208-2019, la cual no casó la sentencia de 13 de noviembre de 2013 de este Tribunal, la que a su vez confirmó la sentencia de 30 de abril de 2013 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, la que declaró que el aquí de demandante **no es**

beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, negó la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990.

3.1.2. En esa ocasión, se invocó en la demanda que el actor había cotizado un total de 1.003 semanas, de las cuales se afirmó que más de 750 se habían cotizado antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

3.2. Ahora, con el presente proceso, el actor nuevamente pretende la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, pero agrega también la de la Ley 71 de 1988, para lo cual no sólo invoca ser beneficiario del régimen de transición, sino también las mismas semanas de cotización: 1.003 y la misma afirmación de que, de éstas, 750 fueron cotizadas antes del Acto Legislativo 01 de 2005.

3.3. Como puede observarse, la pretensión aquí formulada, pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 o la de la Ley 71 de 1988, es accesoria de un tema que concierne a una pretensión principal en el anterior proceso y que le fue decidido adversamente en las dos instancias y en el recurso extraordinario de casación, esto es, si el demandante es beneficiario del régimen de transición; y, más aún, cimentada en las mismas 1.003 semanas de cotización.

De tal suerte que, decidir de fondo la pretensión del presente proceso, implicaría inexorablemente reabrir o replantear la cuestión litigiosa del anterior proceso, iterase, si el actor es beneficiario del régimen de transición, para lo cual ha volverse a estudiar si de las mismas 1.003 semanas

de cotización, 750 fueron cotizadas antes del Acto Legislativo 01 de 2005, aspecto que, como se dijo, fue decidido en el anterior proceso, incluso hasta con el recurso de casación, pues, al respecto, claramente se observa que la Honorable Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL4208-2019 señaló:

“Bajo esta premisa jurídica, la Corte revisa el reporte de semanas visible a folios 7 a 10, y 20 a 23, y encuentra que el demandante tenía cotizadas al 29 de julio de 2005, que fue cuando en realidad entró en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, **741,43** semanas. En esa medida, surge que, si bien, el Tribunal observó mal dicha prueba y efectivamente cometió un desatino al sujetarse a lo informado en la Resolución n.º 006874 del 2005, ese yerro es intrascendente pues, como se dijo, en todo caso aquellas documentales demuestran que el accionante no reúne lo mínimo para conservar el beneficio transicional”.

Y, más adelante está el siguiente pasaje en el que se otea claramente que el periodo de cotización afirmado en la demanda del pretérito proceso son 1003 semanas, es decir, las mismas que se invocan en el presente proceso:

“Además, por cuanto en el hecho tercero de la demanda el promotor afirmó que: «...», y en el sexto que: *«Hasta el 28 de febrero de 2011, **la demandante había cotizado 1003 semanas al ISS**»*. Tales supuestos no fueron desconocidos por el Colegiado, que en realidad extrañó que a la entrada en vigencia de la citada reforma constitucional el actor no tuviese 750 semanas”.

3.4. Puestas así las cosas, salta al descubierto que, aquí sí cabe predicar la cosa juzgada, porque, para entender configurada ésta, no se requiere, en cuanto a la identidad del objeto, que las pretensiones del segundo proceso sean un calco o copia fidedigna del precedente proceso, sino que el núcleo esencial de las pretensiones de ambos procesos, guarden identidad esencial, de tal suerte que, si para decidir las peticiones del proceso actual, el juez debe replantear la cuestión litigiosa principal del primer proceso (que, en el caso, concierne a si el demandante conservó el régimen de transición), la conclusión ineluctable será la identidad de objeto de los dos procesos.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL, 18 ag. 1998, rad.10.819, reiterada, entre muchas otras, en la SL2909-2021, SL1179-2021, SL3353-2019, SL4107-2019 y SL17406-2014, expresó:

“La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial **que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende a replantear la misma cuestión litigiosa**, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.

“Si se llegase a la afirmación contraria **bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar**

los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado-. Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado”. Se destaca.

3.4. Y, más concretamente, en torno a la existencia de cosa juzgada cuando en un pretérito proceso se negó al demandante el régimen de transición y, consecuentemente, la prestación pensional, y se pretende en ulterior proceso revivir nuevamente el tema el referido beneficio transicional, la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2909-2021, discurrió:

“debe decir la Sala que el Tribunal no cometió el yerro endilgado, pues si en un proceso judicial se le negó la recuperación del régimen de transición y lo solicitó de nuevo, lo que se imponía para el sentenciador era que se declarara probada la excepción de cosa juzgada, **incluso si existen** cambios de criterios jurisprudenciales o **situaciones jurídicas nuevas** que impliquen fallos contrarios a los ya decididos en los antiguos procesos”. Se destaca.

3.5. Ahora, en cuanto a que, no cabe predicar la cosa juzgada por estar de por medio un derecho garantizado en la Constitución que pueda pedirse en cualquier tiempo y

porque en el proceso anterior no hubo un análisis exhaustivo de las pruebas, ello no es para nada de recibo, y, a fin de descartar dicha argumentación, basta traer a cuento los siguientes pasajes de la sentencia SL, 20 nov. 2005, rad. 25792:

“Ahora, ninguna incidencia tiene el carácter de vitalicio e imprescriptible del derecho pensional, o su rango “constitucional”, “objetivo”, “subjetivo” y “sustituible a los parientes más cercanos”, que alega el impugnante, porque la evidencia de la institución de la cosa juzgada -por la identidad de las partes, el objeto y la causa-, impide al sentenciador analizar, en el nuevo proceso, el derecho que fue objeto del anterior. De allí que, independientemente de las características de la prestación doblemente reclamada, el juzgador no pueda soslayar los efectos de una decisión judicial, excepto en los casos legalmente previstos, tal cual lo expuso el Tribunal, con sustento en el artículo 333 del C. de P. C., sin que, por ende, pudiera incurrir en infracción legal alguna”.

Y, en otro aparte de ese mismo precedente judicial la Honorable Sala de Casación Laboral expresa:

“Es que frente a un proceso, en el cual el juzgador advierte que el derecho pretendido ya fue objeto de una demanda precedente, formulada contra la misma parte accionada, y con igual causa petendi, que finalizó con la respectiva sentencia, ni siquiera debe examinar el sentenciador la viabilidad o no del derecho discutido, sino que le basta, para no hacer una nueva definición sobre el mismo punto, tener por acreditados aquellos supuestos que constituyen la cosa juzgada. Así, no puede revisar la legalidad de la decisión pretérita, menos aún, determinar si unos supuestos medios probatorios dejados de producir o de allegar, fueron

Rad. 23-001-31-05-004-2020-000109-01. Folio 315-2021.

anexados o aducidos en el nuevo proceso, porque como lo señaló el Tribunal, las falencias no pueden corregirse con posterioridad al pronunciamiento judicial que selló el respectivo caso”.

Y, en la sentencia SL1382-2021 el órgano de cierre de esta jurisdicción dijo:

“cuando existe cosa juzgada, el fallador no puede realizar ningún estudio de fondo sobre la prueba. (Ver sentencia CSJ SL2734-2020)”.

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

3. Costas

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a la parte demandante, en favor de COLPENSIONES (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de COLPENSIONES y 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

Rad. 23-001-31-05-004-2020-000109-01. Folio 315-2021.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Rad. 23-001-31-05-004-2020-000109-01. Folio 315-2021.

Contenido

FOLIO 315-2021.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2020-000109-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA.....	2
IV. EL RECURSOS DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico	4
3. Existencia de cosa juzgada en el caso	4
3. Costas	10
VII. DECISIÓN	11
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	11



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 326-2021

Rad. n° 23-0001-31-05-005-2021-00104-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 9 de septiembre de 2.021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAMIRO ANTONIO ALMANZA VIDAL contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la recurrente.

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 mayo de 2021 en cuantía inicial \$2.344.954,00 y, como retroactivo pensional causado hasta el 30 de agosto de 2021, la suma de \$8.254.238,00 y la respectiva indexación.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Arguye la apoderada de COLPENSIONES que esta entidad 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, amén de que no ejerció la facultad de retracto; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la vocera judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión, reafirmando sus argumentos expuestos en la sustentación de la 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, por ende, no hay lugar a efectuar modificaciones a la sentencia apelada y consultado con respecto a las mismas.

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 62 años de edad después del 1° de enero de 2015, concretamente los cumplió

el 10 de abril de 2020¹, 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 1714,44 semanas, siendo su último mes cotizado marzo de 2021².

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

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

¹ Vid. Copia registro civil de nacimiento, pág. 7 pdf. "02Demanda20210430".

² Vid. Reporte historia laboral de Colfondos, pág. 8 a 32 pdf. "02Demanda20210430".

\$3.366.911,00, según da cuenta la siguiente tabla explicativa:

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Año Anterior	Índice Final Dic 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
mar-10	\$ 1.495.000	19	71,2	105,48	\$ 2.214.784	\$ 11.689
abr-10	\$ 1.548.000	30	71,2	105,48	\$ 2.293.301	\$ 19.111
may-10	\$ 1.480.000	30	71,2	105,48	\$ 2.192.562	\$ 18.271
jun-10	\$ 1.548.000	30	71,2	105,48	\$ 2.293.301	\$ 19.111
jul-10	\$ 1.518.000	30	71,2	105,48	\$ 2.248.857	\$ 18.740
ago-10	\$ 1.643.000	30	71,2	105,48	\$ 2.434.040	\$ 20.284
sep-10	\$ 1.856.000	30	71,2	105,48	\$ 2.749.591	\$ 22.913
oct-10	\$ 1.601.000	30	71,2	105,48	\$ 2.371.819	\$ 19.765
nov-10	\$ 1.495.000	30	71,2	105,48	\$ 2.214.784	\$ 18.457
dic-10	\$ 1.079.000	30	71,2	105,48	\$ 1.598.496	\$ 13.321
ene-11	\$ 1.450.000	30	73,45	105,48	\$ 2.082.314	\$ 17.353
feb-11	\$ 1.548.000	30	73,45	105,48	\$ 2.223.050	\$ 18.525
mar-11	\$ 1.150.000	23	73,45	105,48	\$ 1.651.491	\$ 10.551
abr-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
may-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
jun-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
jul-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
ago-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
sep-11	\$ 1.500.000	30	73,45	105,48	\$ 2.154.118	\$ 17.951
oct-11	\$ 1.800.000	30	73,45	105,48	\$ 2.584.942	\$ 21.541
nov-11	\$ 1.800.000	30	73,45	105,48	\$ 2.584.942	\$ 21.541
dic-11	\$ 1.800.000	30	73,45	105,48	\$ 2.584.942	\$ 21.541
ene-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
feb-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
mar-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
abr-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
may-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
jun-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
jul-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
ago-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
sep-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
oct-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
nov-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
dic-12	\$ 1.800.000	30	76,19	105,48	\$ 2.491.981	\$ 20.767
ene-13	\$ 2.034.000	30	78,05	105,48	\$ 2.748.832	\$ 22.907
feb-13	\$ 2.104.000	30	78,05	105,48	\$ 2.843.433	\$ 23.695
mar-13	\$ 2.104.000	30	78,05	105,48	\$ 2.843.433	\$ 23.695
abr-13	\$ 2.224.000	30	78,05	105,48	\$ 3.005.606	\$ 25.047

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Año Anterior	Índice Final Dic 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
may-13	\$ 2.453.000	30	78,05	105,48	\$ 3.315.086	\$ 27.626
jun-13	\$ 2.052.000	30	78,05	105,48	\$ 2.773.158	\$ 23.110
jul-13	\$ 2.312.000	25	78,05	105,48	\$ 3.124.532	\$ 21.698
ago-13	\$ 3.454.000	30	78,05	105,48	\$ 4.667.879	\$ 38.899
sep-13	\$ 3.219.000	30	78,05	105,48	\$ 4.350.290	\$ 36.252
oct-13	\$ 3.835.000	30	78,05	105,48	\$ 5.182.778	\$ 43.190
nov-13	\$ 3.537.000	30	78,05	105,48	\$ 4.780.048	\$ 39.834
dic-13	\$ 3.369.000	30	78,05	105,48	\$ 4.553.006	\$ 37.942
ene-14	\$ 5.969.000	30	79,56	105,48	\$ 7.913.652	\$ 65.947
feb-14	\$ 3.726.000	30	79,56	105,48	\$ 4.939.900	\$ 41.166
mar-14	\$ 3.389.000	30	79,56	105,48	\$ 4.493.109	\$ 37.443
abr-14	\$ 3.341.000	30	79,56	105,48	\$ 4.429.471	\$ 36.912
may-14	\$ 3.134.000	30	79,56	105,48	\$ 4.155.032	\$ 34.625
jun-14	\$ 2.486.000	30	79,56	105,48	\$ 3.295.919	\$ 27.466
jul-14	\$ 3.705.000	30	79,56	105,48	\$ 4.912.059	\$ 40.934
ago-14	\$ 2.923.000	30	79,56	105,48	\$ 3.875.290	\$ 32.294
sep-14	\$ 3.118.000	30	79,56	105,48	\$ 4.133.819	\$ 34.448
oct-14	\$ 2.835.000	30	79,56	105,48	\$ 3.758.620	\$ 31.322
nov-14	\$ 2.150.000	30	79,56	105,48	\$ 2.850.452	\$ 23.754
dic-14	\$ 2.150.000	30	79,56	105,48	\$ 2.850.452	\$ 23.754
ene-15	\$ 2.150.000	30	82,47	105,48	\$ 2.749.873	\$ 22.916
feb-15	\$ 2.318.000	30	82,47	105,48	\$ 2.964.746	\$ 24.706
mar-15	\$ 2.250.000	30	82,47	105,48	\$ 2.877.774	\$ 23.981
abr-15	\$ 3.848.000	30	82,47	105,48	\$ 4.921.633	\$ 41.014
may-15	\$ 3.417.000	30	82,47	105,48	\$ 4.370.379	\$ 36.420
jun-15	\$ 3.693.000	30	82,47	105,48	\$ 4.723.386	\$ 39.362
jul-15	\$ 3.919.000	30	82,47	105,48	\$ 5.012.442	\$ 41.770
ago-15	\$ 3.716.000	30	82,47	105,48	\$ 4.752.803	\$ 39.607
sep-15	\$ 4.295.000	30	82,47	105,48	\$ 5.493.350	\$ 45.778
oct-15	\$ 3.294.000	30	82,47	105,48	\$ 4.213.061	\$ 35.109
nov-15	\$ 2.953.000	30	82,47	105,48	\$ 3.776.918	\$ 31.474
dic-15	\$ 3.743.000	30	82,47	105,48	\$ 4.787.336	\$ 39.894
ene-16	\$ 2.822.000	30	88,05	105,48	\$ 3.380.631	\$ 28.172
feb-16	\$ 3.221.000	30	88,05	105,48	\$ 3.858.615	\$ 32.155
mar-16	\$ 2.250.000	30	88,05	105,48	\$ 2.695.400	\$ 22.462
abr-16	\$ 2.332.000	30	88,05	105,48	\$ 2.793.633	\$ 23.280
may-16	\$ 2.443.000	30	88,05	105,48	\$ 2.926.606	\$ 24.388
jun-16	\$ 3.716.000	30	88,05	105,48	\$ 4.451.603	\$ 37.097
jul-16	\$ 3.064.000	30	88,05	105,48	\$ 3.670.536	\$ 30.588
ago-16	\$ 3.272.000	30	88,05	105,48	\$ 3.919.711	\$ 32.664
sep-16	\$ 3.386.000	30	88,05	105,48	\$ 4.056.278	\$ 33.802
oct-16	\$ 3.036.000	30	88,05	105,48	\$ 3.636.994	\$ 30.308
nov-16	\$ 3.270.000	30	88,05	105,48	\$ 3.917.315	\$ 32.644

Período	I.B.C.	Días	Índice Inicial Año Anterior	Índice Final Dic 2020	I.B.C. Actualizado	Salario Promedio
dic-16	\$ 3.205.000	30	88,05	105,48	\$ 3.839.448	\$ 31.995
ene-17	\$ 3.122.000	30	93,11	105,48	\$ 3.536.769	\$ 29.473
feb-17	\$ 3.542.000	30	93,11	105,48	\$ 4.012.568	\$ 33.438
mar-17	\$ 3.333.750	30	93,11	105,48	\$ 3.776.651	\$ 31.472
abr-17	\$ 3.833.958	30	93,11	105,48	\$ 4.343.313	\$ 36.194
may-17	\$ 3.285.625	30	93,11	105,48	\$ 3.722.132	\$ 31.018
jun-17	\$ 3.459.157	30	93,11	105,48	\$ 3.918.719	\$ 32.656
jul-17	\$ 2.800.000	30	93,11	105,48	\$ 3.171.990	\$ 26.433
ago-17	\$ 3.400.833	30	93,11	105,48	\$ 3.852.646	\$ 32.105
sep-17	\$ 3.400.833	30	93,11	105,48	\$ 3.852.646	\$ 32.105
oct-17	\$ 3.505.834	30	93,11	105,48	\$ 3.971.597	\$ 33.097
nov-17	\$ 4.071.875	30	93,11	105,48	\$ 4.612.838	\$ 38.440
dic-17	\$ 3.800.938	30	93,11	105,48	\$ 4.305.906	\$ 35.883
ene-18	\$ 3.912.709	30	96,92	105,48	\$ 4.258.280	\$ 35.486
feb-18	\$ 3.740.625	30	96,92	105,48	\$ 4.070.998	\$ 33.925
mar-18	\$ 3.841.000	30	96,92	105,48	\$ 4.180.238	\$ 34.835
abr-18	\$ 4.470.000	30	96,92	105,48	\$ 4.864.792	\$ 40.540
may-18	\$ 4.194.000	30	96,92	105,48	\$ 4.564.415	\$ 38.037
jun-18	\$ 3.753.000	30	96,92	105,48	\$ 4.084.466	\$ 34.037
jul-18	\$ 3.866.000	30	96,92	105,48	\$ 4.207.446	\$ 35.062
ago-18	\$ 3.559.000	30	96,92	105,48	\$ 3.873.332	\$ 32.278
sep-18	\$ 4.163.000	30	96,92	105,48	\$ 4.530.677	\$ 37.756
oct-18	\$ 3.431.000	30	96,92	105,48	\$ 3.734.027	\$ 31.117
nov-18	\$ 3.453.000	30	96,92	105,48	\$ 3.757.970	\$ 31.316
dic-18	\$ 3.219.000	30	96,92	105,48	\$ 3.503.303	\$ 29.194
ene-19	\$ 3.234.000	30	100	105,48	\$ 3.411.223	\$ 28.427
feb-19	\$ 4.266.000	30	100	105,48	\$ 4.499.777	\$ 37.498
mar-19	\$ 3.225.400	30	100	105,48	\$ 3.402.152	\$ 28.351
abr-19	\$ 3.203.000	30	100	105,48	\$ 3.378.524	\$ 28.154
may-19	\$ 3.078.000	30	100	105,48	\$ 3.246.674	\$ 27.056
jun-19	\$ 3.031.000	30	100	105,48	\$ 3.197.099	\$ 26.642
jul-19	\$ 3.188.000	30	100	105,48	\$ 3.362.702	\$ 28.023
ago-19	\$ 3.234.000	30	100	105,48	\$ 3.411.223	\$ 28.427
sep-19	\$ 4.034.000	30	100	105,48	\$ 4.255.063	\$ 35.459
oct-19	\$ 3.691.000	30	100	105,48	\$ 3.893.267	\$ 32.444
nov-19	\$ 1.278.000	12	100	105,48	\$ 1.348.034	\$ 4.493
nov-20	\$ 150.000	5	103,80	105,48	\$ 152.428	\$ 212
dic-20	\$ 900.000	30	103,80	105,48	\$ 914.566	\$ 7.621
ene-21	\$ 910.000	30	105,48	105,48	\$ 910.000	\$ 7.583
feb-21	\$ 910.000	30	105,48	105,48	\$ 910.000	\$ 7.583
mar-21	\$ 182.000	6	105,48	105,48	\$ 182.000	\$ 303
abr-21	\$ 908.526	30	105,48	105,48	\$ 908.526	\$ 7.571
	Total Días	3600		I.B.L.		\$ 3.366.911

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 reemplazo el 75,65%.

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
$r = 65.50 - (0.50 s)$
$s = \text{I.B.L.} / \text{S.M.M.L.V.}$
$s = 3.366.911 / 908.526$
$s = 3,71$
$r = 65.50 - (0.50 \times 3,71)$
$r = 65.50 - 1,85$
$r = 63,65\%$

TASA DE REEMPLAZO CON SEMANAS ADICIONALES	
Número de Semanas Cotizadas	1.718,00
Menos Semanas Legales Año 2021	1.300,00
Numero de Semanas Adicionales	418,00
Número de Semanas Tomadas	400,00
Dividimos entre 50	8
Multiplicamos por 1.5	12,0%
Más la Tasa Calculada	63,65%
TOTAL TASA DE REEMPLAZO	75,65%

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 mayo de 2021 es de \$2.547.068,00.

6.3. 2. No obstante, como el monto pensional establecido por el 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 mayo de 2021. La Sala mantendrá esa fecha de disfrute, porque, amén de que no fue apelada por la parte demandante, para esa data ésta no sólo había causado la pensión, sino además había dejado de cotizar (**Vid. Sentencia SL3207-2020**). Por consiguiente, el retroactivo pensional causado desde la fecha antes señalada (1° de mayo de 2021) y hasta la fecha en que lo liquidó el A quo, éste lo estableció en la suma de \$8.254.238,00, 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

El A quo, 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, dispuso e hizo los descuentos por concepto de aportes en salud, por lo que no hay lugar a efectuar modificaciones sobre este particular.

8. Indexación

El Juzgado también aplicó la indexación, 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**).

9. 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.

10. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas por no estimarse causadas (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,

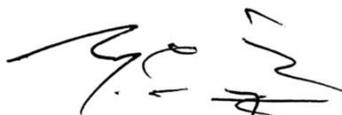
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

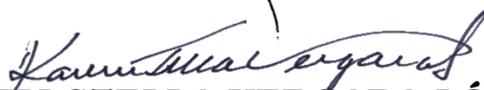
**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido	
FOLIO 326-2021	1
Rad. n° 23-0001-31-05-005-2021-00104-01	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. EL RECURSO DE APELACIÓN	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
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.....	8
6. Monto (IBL y tasa de remplazo) y retroactivo pensional.....	9
6.1. La liquidación del IBL.....	9
6.2. La tasa de remplazo	13
6.3. Monto pensional, fecha de disfrute y retroactivo pensional	13
7. Descuentos en salud	14
8. Indexación	15
9. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	15
10. Costas	15
6. Costas de esta segunda instancia	15
VII. DECISIÓN	15
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	16



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 332-2021

Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00169-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 1° de septiembre de 2.021, por el Juzgado Primero del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ADRIANA SILVIA OTERO GARCIA contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la UNIDAD ADMINISTRATIVA

ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP 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 demanda formulando excepciones de mérito, salvo COLFONDOS a quien se le dio por no contestada 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. LOS 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 Porvenir S.A.

Muestra inconformidad con la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, y, afirma, que sumar a la condena la devolución de los referidos gastos genera un enriquecimiento sin causa. Además, expone que sólo recibió del fondo al que primero se trasladó la parte demandante, o sea de COLFONDOS, los aportes y sus rendimientos, más no gastos de administración, por lo que no debe entenderse que PORVENIR deba devolver los referidos gastos que le incumben a COLFONDOS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la UGPP, PORVENIR y de la parte demandante, presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la 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 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 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”.

3.8. 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, al cual el sentenciador inicial no le impuso la condena de devolver los gastos de administración.

Lo anterior no es de recibo, puesto que COLFONDOS, 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, y, además, este punto también fue objeto de la apelación que interpuso PORVENIR S.A., se adicionará la sentencia de primera instancia, para 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.

4.3. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la

Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

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

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

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

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

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

Ahora, en lo que respecta específicamente al cuestionamiento de las agencias en derecho, debe señalarse que ese punto de la sentencia no es apelable en esta oportunidad procesal, dado que, según lo expresa el numeral 5 del artículo 366 del CGP, ese aspecto se controvierte *«mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación»*.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que a PORVENIR S.A. le prosperó parcialmente la apelación en lo atinente a que, la condena de los gastos de administración indexada, no la debe cubrir sólo ella, y que lo decidido al respecto también favoreció a COLPENSIONES, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365.-8°).

VII. DECISIÓN

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

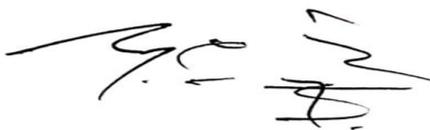
Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena a la devolución de los gastos de administración indexados, se impone no sólo a PORVENIR S.A., sino también se impone a COLFONDOS S.A., con relación a los respectivos períodos en que la parte demandante estuvo afiliada en cada uno de esos entes.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

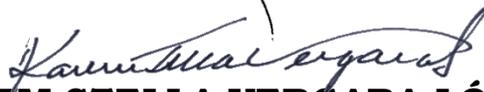


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 332-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2020-00169-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	11
6. Costas de esta segunda instancia	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 333-2021

Rad. n° 23-001-31-05-001-2019-00367-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación de ambas partes, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandada, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 9 de septiembre de 2.021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOAQUÍN ARMANDO SOTO DÍAZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretende la parte actora condena a la demandada de reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al artículo

33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de enero de 2019, e intereses moratorios.

1.2. 1.2. Como causa petendi, en resumen, se aduce que el reunió los requisitos de la pensión de vejez reclamada, pues nació el 1 de enero de 1957 y efectuó cotizaciones desde el 16 de octubre de 1965 hasta el 28 de febrero de 2018 en el RPM, por ende, se efectuó la reclamación administrativa el 28 de agosto de 2019; empero, COLPENSIONES, le negó el derecho a través de la resolución SUB 258764 de 20 de septiembre de 2019, arguyendo que sólo tiene cotizado 1.243 semanas, cuando lo cierto es que tiene más de 1.300 semanas.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas por no reunir con el requisito de las semanas cotizadas e improcedencia de cobro de intereses moratorios.*

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 concluyó el A quo, que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez del

artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 28 de agosto de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, porque COLPENSIONES no tuvo en cuenta 142,37 semanas que los empleadores del actor dejaron de pagar, lo que no puede perjudicar a la parte demandante, porque a la administradora de pensiones le incumbía y aun le incumbe su cobro. Así mismo, condenó a la demandada al pago de intereses moratorios a partir del 28 de diciembre de 2019, y las costas del proceso.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante.

Protesta porque la fecha de disfrute no debe ser desde agosto de 2019 como lo dispuso el A quo, sino a partir del 1° de enero de 2019, porque para esta data había cumplido el status y había dejado de cotizar desde el año 2017.

2. Apelación de Colpensiones

Arguye la apoderada de COLPENSIONES que no es dable contabilizar las 142,37 semanas que tuvo en cuenta el A quo, porque para ello debe estar acreditada la relación laboral en los lapsos en que se causaron las cotizaciones de las mismas. También se opone a la condena de intereses moratorias, porque al disponerse el reconocimiento de la pensión sólo con la sentencia objeto de apelación, es claro

que desde antes no puede existir mora en el pago de la misma.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la vocera judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión, reafirmando sus argumentos expuestos en la sustentación de la 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 las apelaciones y el grado jurisdiccional 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 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: **(ii)** la densidad de cotizaciones y edad de la parte actora. De ser afirmativa la respuesta a los anteriores interrogantes, se

deberá **(iii)** establecer la fecha de disfrute, **(iv)** si hay lugar a modificar la cuantía de la pensión (IBL y tasa de reemplazo) y el retroactivo pensional; y, **(v)** la procedencia de la condena al pago de intereses moratorios.

3. Densidad de cotizaciones

3.1. COLPENSIONES reconoce 1.243 semanas cotizadas a la parte demandante. A su turno el A quo, contabiliza además 142,37 semanas, por estimar que se trata de cotizaciones que los empleadores de la parte actora dejaron de pagar y que, por tanto, COLPENSIONES debió y debe cobrar, sin que ello pueda perjudicar al afiliado.

3.2. Sin embargo, COLPENSIONES, con su apelación, se opone a la contabilización de aquellas 142,37 semanas, porque para ello debió estar acreditada la relación laboral.

3.3. Pues bien, empiécese por señalar que, como el hecho generador de las cotizaciones es la relación laboral (Vid. Ley 100/93, art. 15), tiene señalado la Honorable Sala de Casación Laboral que, para predicar la existencia de mora del empleador en el pago de las cotizaciones y, por ende, la obligación de su cobro a cargo de la administradora de pensiones, «*es necesario que existan pruebas razonables o **inferencias plausibles** sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria*» (Vid. CSJ Sentencia SL1355-2019) Se destaca y se subraya.

3.4. En el caso, la Sala encuentra que, además de las 1243 semanas que la misma COLPENSIONES reconoce como efectivamente cotizadas o pagadas, cabe también sumar no 142,37 como lo señaló el A quo, sino 110,71 semanas, porque éstas últimas corresponden a 771 días que la misma demandada en su reporte de «*detalle de pagos efectuados a partir de 1995*»¹, plasma en la columna 44 como número de días trabajados y reportados por el aportante, vale decir, por los empleadores, en cada uno de los períodos, por lo que, para tales días, cabe predicar *inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral*, pues, precisamente, es la misma COLPENSIONES que está diciendo que dichos días fueron reportados por los empleadores como laborados por el afiliado.

Es más, muchos de esos días que COLPENSIONES no reconoce como cotizados, anota en su reporte como razón de ello «*No vinculado Traslado RAI*», y, según la Honorable Sala de Casación Laboral, éste no es un motivo válido para no contabilizar como cotizados esos días **(Vid. CSJ Sentencia SL2656-2019)**.

3.5. Esos 771 días, que equivalen a 110,71 semanas, que ha de ser tenidos como cotizaciones que sí fueron generadas por relación laboral, pero que los empleadores de la parte demandante no pagaron y que, por tanto, no puede ello perjudicar a ésta, porque a COLPENSIONES le incumbe

¹ Pdf. «2019 -367 EXPEDIENTE PRIMERA INSTANCIA», págs. 19 a 24.

su cobro coactivo, los ilustra la Sala en las siguientes tablas explicativas:

ORGANIZACIÓN HOTELERA GERMA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
oct-85	16	16	
nov-85	30	30	
dic-85	31	31	
ene-86	31	31	
feb-86	28	28	
mar-86	31	31	
abr-86	30	30	
may-86	31	31	
jun-86	30	30	
jul-86	31	31	
ago-86	31	31	
sep-86	30	30	
oct-86	31	31	
nov-86	30	30	
dic-86	31	31	
ene-87	31	31	
feb-87	28	28	
mar-87	31	31	
abr-87	30	30	
may-87	30	30	
may-88	12	12	
jun-88	30	30	
jul-88	31	31	
ago-88	31	31	
sep-88	30	30	
oct-88	1	1	
Días		727	
Semanas		103,86	

ALIMETAR LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
oct-88	18	18	
nov-88	30	30	
dic-88	31	31	

ALIMETAR LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
ene-89	31	31	
feb-89	28	28	
mar-89	31	31	
abr-89	30	30	
may-89	31	31	
jun-89	30	30	
jul-89	31	31	
ago-89	31	31	
sep-89	30	30	
oct-89	31	31	
nov-89	30	30	
dic-89	31	31	
ene-90	31	31	
feb-90	28	28	
mar-90	31	31	
abr-90	30	30	
may-90	30	30	
Días	594	594	
Semanas		84,86	

GERMAN MORALES E HIJOS LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
jun-90	23	23	
jul-90	31	31	
ago-90	31	31	
sep-90	30	30	
oct-90	31	31	
nov-90	30	30	
dic-90	31	31	
ene-91	31	31	
feb-91	28	28	
mar-91	31	31	
abr-91	30	30	
may-91	31	31	
jun-91	30	30	
jul-91	31	31	
ago-91	31	31	
sep-91	30	30	
oct-91	31	31	
nov-91	30	30	

GERMAN MORALES E HIJOS LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
dic-91	31	31	
ene-92	31	31	
feb-92	29	29	
mar-92	31	31	
abr-92	30	30	
may-92	31	31	
jun-92	2	2	
Días	726	726	
Semanas		103,71	

CORPORACIÓN CLUB SINCELEJO			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
jul-93	11	11	
ago-93	31	31	
sep-93	30	30	
oct-93	31	31	
nov-93	30	30	
dic-93	31	31	
ene-94	31	31	
feb-94	28	28	
mar-94	31	31	
abr-94	30	30	
may-94	31	31	
jun-94	0	0	
jul-94	0	0	
ago-94	0	0	
sep-94	0	0	
oct-94	0	0	
nov-94	0	0	
dic-94	0	0	
ene-95	30	30	
feb-95	30	30	
mar-95	30	30	
abr-95	30	30	
may-95	3	3	
Días	438	438	
Semanas		62,57	-

DUFLO LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
ago-95	22	0	22
sep-95	30	30	0
oct-95	30	30	0
nov-95	30	30	0
dic-95	30	30	0
ene-96	30	30	0
feb-96	30	30	0
mar-96	30	30	0
abr-96	30	30	0
may-96	30	30	0
jun-96	30	30	0
jul-96	30	30	0
ago-96	30	30	0
sep-96	30	30	0
oct-96	30	30	0
nov-96	30	30	0
dic-96	30	30	0
ene-97	30	30	0
feb-97	30	30	0
mar-97	30	30	0
abr-97	30	30	0
may-97	30	30	0
jun-97	30	30	0
jul-97	30	30	0
ago-97	30	30	0
sep-97	30	30	0
oct-97	30	30	0
nov-97	30	30	0
dic-97	30	30	0
ene-98	30	30	0
feb-98	30	30	0
mar-98	30	30	0
abr-98	30	30	0
may-98	30	18	12
jun-98	15	0	15
jul-98	0	0	0
ago-98	30	0	30
sep-98	30	0	30
oct-98	30	0	30
nov-98	30	0	30
dic-98	30	0	30

DUFLO LTDA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
ene-99	30	0	30
feb-99	30	0	30
mar-99	30	0	30
abr-99	30	0	30
may-99	30	0	30
jun-99	30	0	30
jul-99	30	0	30
ago-99	0	0	0
Días		978	409
Semanas		139,71	58,43

BIG COMPANY SERVICES SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
dic-99	30	30	0
ene-00	30	29	1
feb-00	30	30	0
mar-00	30	30	0
abr-00	30	29	1
may-00	30	30	0
jun-00	30	30	0
jul-00	30	30	0
ago-00	30	30	0
sep-00	30	30	0
oct-00	30	30	0
nov-00	30	30	0
dic-00	30	30	0
ene-01	30	30	0
feb-01	30	30	0
mar-01	30	30	0
abr-01	30	30	0
may-01	30	30	0
jun-01	30	30	0
jul-01	30	30	0
ago-01	30	30	0
sep-01	30	30	0
oct-01	30	30	0
nov-01	30	30	0
dic-01	30	30	0
ene-02	30	30	0
feb-02	30	30	0

BIG COMPANY SERVICES SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
mar-02	30	30	0
abr-02	30	30	0
may-02	30	30	0
jun-02	30	30	0
jul-02	30	30	0
ago-02	30	23	7
sep-02	30	30	0
oct-02	30	30	0
nov-02	30	30	0
dic-02	30	30	0
ene-03	30	30	0
feb-03	30	30	0
mar-03	30	4	26
Días	1200	1165	35
Semanas		166,43	5,00

REASER SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
feb-04	2	2	0
mar-04	30	29	1
abr-04	30	30	0
may-04	30	30	0
jun-04	30	30	0
jul-04	30	14	16
ago-04	30	30	0
sep-04	30	12	18
oct-04	30	13	17
nov-04	30	21	9
dic-04	30	20	10
ene-05	30	22	8
feb-05	30	17	13
mar-05	30	16	14
abr-05	30	11	19
may-05	0	0	0
jun-05	30	9	21
jul-05	30	19	11
ago-05	30	2	28
sep-05	30	12	18
oct-05	30	30	0
nov-05	30	30	0

REASER SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
dic-05	0	0	0
ene-06	30	22	8
feb-06	30	7	23
mar-06	30	30	0
abr-06	30	10	20
may-06	30	16	14
jun-06	30	22	8
jul-06	30	15	15
ago-06	30	23	7
sep-06	30	30	0
oct-06	30	10	20
nov-06	11	11	0
dic-06	7	7	0
ene-07	14	14	0
feb-07	9	9	0
mar-07	11	11	0
abr-07	12	12	0
may-07	12	12	0
jun-07	11	11	0
jul-07	19	19	0
ago-07	7	7	0
sep-07	17	17	0
oct-07	26	26	0
nov-07	22	22	0
dic-07	30	30	0
ene-08	23	23	0
feb-08	30	30	0
mar-08	5	5	0
abr-08	30	17	13
may-08	30	30	0
jun-08	30	30	0
jul-08	30	30	0
ago-08	30	30	0
sep-08	30	30	0
oct-08	30	30	0
nov-08	30	30	0
dic-08	30	30	0
ene-09	30	30	0
feb-09	30	30	0
mar-09	30	30	0
abr-09	30	30	0
may-09	30	30	0
jun-09	30	30	0

Rad. 23-001-31-05-001-2019-00367-02. Folio 333-2021.

REASER SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
jul-09	30	30	0
ago-09	30	30	0
sep-09	30	30	0
oct-09	30	30	0
nov-09	30	30	0
dic-09	30	30	0
ene-10	30	30	0
feb-10	30	30	0
mar-10	30	30	0
abr-10	30	30	0
may-10	30	30	0
jun-10	30	30	0
jul-10	30	30	0
ago-10	30	30	0
sep-10	30	30	0
oct-10	30	30	0
nov-10	30	30	0
dic-10	30	30	0
ene-11	30	30	0
feb-11	30	30	0
mar-11	30	30	0
abr-11	30	30	0
may-11	30	30	0
jun-11	30	30	0
jul-11	30	30	0
ago-11	30	30	0
sep-11	30	30	0
oct-11	30	30	0
nov-11	30	30	0
dic-11	30	30	0
ene-12	30	30	0
feb-12	30	30	0
mar-12	30	30	0
abr-12	30	30	0
may-12	30	30	0
jun-12	30	30	0
jul-12	30	30	0
ago-12	30	30	0
sep-12	30	30	0
oct-12	30	30	0
nov-12	30	30	0
dic-12	30	30	0
ene-13	30	30	0

REASER SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
feb-13	30	30	0
mar-13	30	30	0
abr-13	30	30	0
may-13	30	30	0
jun-13	30	30	0
jul-13	30	30	0
ago-13	30	30	0
sep-13	30	30	0
oct-13	30	30	0
nov-13	30	30	0
dic-13	30	30	0
ene-14	30	30	0
feb-14	30	30	0
mar-14	30	30	0
abr-14	30	30	0
may-14	30	30	0
jun-14	30	30	0
jul-14	30	30	0
ago-14	30	30	0
sep-14	30	30	0
oct-14	30	30	0
nov-14	30	30	0
dic-14	30	30	0
ene-15	30	30	0
feb-15	30	30	0
mar-15	30	30	0
abr-15	30	30	0
may-15	30	30	0
jun-15	30	30	0
jul-15	30	30	0
ago-15	30	30	0
sep-15	30	30	0
oct-15	30	30	0
nov-15	30	30	0
dic-15	30	30	0
ene-16	30	30	0
feb-16	30	30	0
mar-16	30	30	0
abr-16	30	30	0
may-16	30	30	0
jun-16	30	30	0
jul-16	30	30	0
ago-16	30	30	0

REASER SA			
Período	Días reportados por el empleador como laborados	Días tenidos por Colpensiones como cotizados	Días no tenidos por Colpensiones como cotizados
sep-16	30	30	0
oct-16	30	30	0
nov-16	30	30	0
dic-16	30	30	0
ene-17	30	30	0
feb-17	30	30	0
mar-17	30	30	0
Días	4408	4077	331
Semanas		582,43	47,29

CONTEO DE SEMANAS	
Semanas tenidas como cotizadas por Colpensiones	1.243,57
Semanas no tenidas como cotizadas por Colpensiones debiendo tenerlas como cotizadas	110,71
TOTAL SEMANAS	1.354,29

3.6. Observa la Sala que el A quo no contabilizó los días en los que aparece como empleador de la parte demandante la Caja de Compensación Familiar de Córdoba, lo cual se ajusta a derecho, porque, según el reporte emanado de COLPENSIONES, la negativa de su no contabilización es «*No registra la relación laboral en afiliación para este pago*», lo cual ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral como un motivo para no validar dichos días como cotizados, a menos que esté comprobada la existencia de la relación laboral durante los mismos (**Vid. CSJ Sentencias SL1506-2021 y SL1889-2021**).

3.7. En conclusión, la Sala encuentra que la totalidad de las cotizaciones de la parte demandante es de 1.354,29 semanas.

4. 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 62 años de edad después del 1 de enero de 2015, concretamente los cumplió el 1° de enero de 2019², 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 1.354,29, siendo su último mes cotizado marzo de 2.017³.

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.

5. Fecha de disfrute

5.1. El A quo fijó la pensión de vejez la debe disfrutar la parte demandante desde el 28 de agosto de 2019, arguyendo que la reclamación administrativa se efectuó el día 27 de ese mismo mes y año.

² Vid. Copia registro civil de nacimiento, Pdf. "2019 -367 EXPEDIENTE PRIMERA INSTANCIA", Pág. 12.

³ Vid. Reporte de Colpensiones sobre semanas cotizadas Pdf. "2019 -367 EXPEDIENTE PRIMERA INSTANCIA», págs. 17 a 19.

5.2. En contraste, el apoderado de la parte demandante señala que el disfrute lo debe hacer desde el 1° de enero de 2019, porque para esta data había cumplido el status y había dejado de cotizar desde el año 2017, y, al respecto, invoca sentencia de este Tribunal, a saber: la sentencia TSMON-CFL, 3 ag. 2021, Rad. 2020-00021-01, Folio 051-2021.

5.3. Sobre este particular, cabe señalar que no hay lugar aquí a señalar como fecha de disfrute la pretendida en la apelación de la parte demandante, porque si bien es cierto que el demandante cumplió el status pensional el 1° de enero de 2019 y había dejado de cotizar para ese entonces, también es cierto que la reclamación administrativa la vino efectuar el 28 de agosto de 2019, por lo que ha de inferirse que fue a partir de esta última fecha que mostró su voluntad real de desafiliarse del sistema.

5.4. Ahora, el aludido precedente de este Tribunal que invoca el vocero judicial de la parte demandante, más bien constituye un boomerang para lo aquí pretendido por éste, porque en dicho precedente claramente se tuvo como fecha de disfrute de la pensión la misma fecha de la reclamación administrativa, en tanto que la última cotización lo había sido antes. En efecto, en la referida sentencia TSMON-CFL, 3 ag. 2021, Rad. 2020-00021-01, Folio 051-2021, explícitamente se expresó:

“Comparte la Sala que la fecha del disfrute pensional lo sea el **13 de marzo de 2018**, porque **en esa data el actor reclamó la pensión de vejez** habiendo tenido cumplido los requisitos de la

misma y, además, **su última cotización lo fue el mes de febrero** de ese mismo año. Esto tiene respaldo en la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL996-2021, SL4073-2020, SL5603-2016, SL4611-2015 y SL, 20 oct. 2009, rad. 35605**). Solo las negrillas subrayadas no son del texto.

Así que, el reparo de la apelación de la parte actora no sale avante.

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

6.1. Como quiera que el monto fijado para la pensión se estableció en la suma equivalente a 1 SMLMV, no es necesario estudiar el IBL, tasa de reemplazo, y, por ende, tampoco el monto de la cuantía de la pensión, por cuanto, en el caso, no es dable aumentar ni disminuir dicha cuantía pensional.

6.1.1. Así, no es dable aumentarla, porque la parte demandante se mostró conforme con tal determinación, pues no apeló la sentencia, y, por tanto, no es dable agravar la situación de la apelante única que lo es la demandada COLPENSIONES, a quien, por demás, es a su favor el grado jurisdiccional de consulta

6.1.2. Y, tampoco hay lugar a disminuir dicha cuantía pensional, habida cuenta que, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 y los artículos 2 de la Ley 71/1988 y 35 de la Ley 100/1993, el valor de la pensión no puede ser

inferior al del salario mínimo legal mensual (Vid. SL16277-2014 y SL10718-2017).

6.2. No encuentra reparos la Sala al monto del retroactivo pensional establecido por el A quo, pues el mismo se dedujo de las mesadas pensionales equivalente al SMLM vigente para el periodo que va desde la fecha de disfrute de la pensión, 28 de agosto de 2019, y hasta la fecha en que COLPENSIONES empiece a pagarle al actor la pensión.

6.3. No obstante, se debe adicionar la sentencia, a fin de autorizar a COLPENSIONES a efectuar los respectivos descuentos por los aportes al SGSS en salud (**Vid. Ley 100/93, art. 143; y, CSJ Sentencias SL2624-2019, SL3550-2018, SL4438-2017 y SL2756-2017**).

7. Intereses moratorios

7.1. La A quo condenó a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios a partir del 28 de diciembre de 2019, habida que en esa data culminó el plazo de gracia para que esa entidad le reconociera al demandante la pensión de vejez, pues éste efectuó la reclamación administrativa el 28 de agosto de 2019⁴.

7.2. Lo anterior se ajusta a derecho, habida cuenta que, conforme a la interpretación que la Honorable Sala de Casación Laboral ha dado al artículo 141 de la Ley 100 de

⁴ Vid. Resolución SUB 258764 de 20 de septiembre de 2019 Pdf. «2019 -367 EXPEDIENTE PRIMERA INSTANCIA», Pág. 14.

1993, a las administradoras de pensiones les corresponde asumir el pago de intereses moratorios cuando no efectúan el reconocimiento de la pensión de vejez dentro del plazo legal de gracia de 4 meses que le concede el parágrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (**Vid. Sentencias SL4073-2020 y SL4985-2017**).

8. 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.

9. Costas

Dado que ambas partes apelaron y a ninguna de ellas les prosperó la apelación, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-5° y 8°).

VII. DECISIÓN

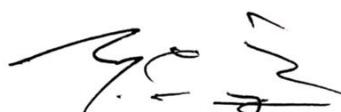
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: 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 333-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2019-00367-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante.	3
2. Apelación de Colpensiones	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Densidad de cotizaciones.....	5
4. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.....	17
5. Fecha de disfrute	17
6. Monto (IBL y tasa de remplazo) y retroactivo pensional.....	19
7. Intereses moratorios.....	20
8. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	21
9. Costas	21
VII. DECISIÓN	21
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	22



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 346-2021

Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00075-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 23 de septiembre de 2.021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MERCEDES RUBIO CAMPILLO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la recurrente.

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 demanda formulando excepciones de mérito, salvo PORVENIR a quien se le dio por no contestada 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. EL RECURSO DE APELACIÓN

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 no ejerció la facultad de retracto; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la 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 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. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**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”.

3.6. 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. Las anteriores consecuencias fueron impuestas, salvo la relativa a la indexación, que, por tanto, habrá de adicionar la sentencia para incluir ésta.

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 de esta segunda instancia

Dado que hay lugar adicionar la sentencia a favor de COLPENSIONES, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-5°).

VII. DECISIÓN

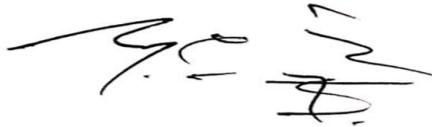
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral tercero** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que las condenas impartidas en dicho numeral son con indexación.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

(IMPEDIMENTO ACEPTADO)

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 346-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00075-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver	3
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.....	7
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	8
6. Costas de esta segunda instancia.....	8
VII. DECISIÓN	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 352-2021

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00023-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia de 27 de septiembre de 2.021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JESUS MARIA BERROCAL TAMARA contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su traslado 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 CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado negó la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS, por estimar que los precedentes verticales no son pertinentes a la situación de aquél, ya que se encuentra retirado del sistema, porque obtuvo la devolución de saldos como subsidio de la pensión de vejez, y, entonces, se está frente a un hecho consumado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

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 parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: *si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando quien la solicita es una persona que se encuentra desafiliada del sistema al obtener la devolución de saldos en subsidio de la pensión de vejez.*

3. Solución al problema planteado

3.1. No hay discusión que la parte demandante recibió la devolución de saldos y, por ende, se encuentra desafiliado del sistema general de pensiones, y, en efecto, la demandada PROTECCIÓN, con su contestación de la demanda, aportó dicha constancia, la cual no ha sido desconocida ni tachada de falso por ninguno de los sujetos procesales.

3.2. Pues bien; en el caso, entonces, cabe predicar un hecho consumado en el que no es posible disponer «*bajo el manto de la ineficacia de la afiliación*» el retorno al RPM para quien ha adquirido la devolución de saldos y, por ende, encontrarse desafiliado del sistema general de pensiones.

3.3. Lo anterior porque, el precedente judicial sentado por la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia SL373-2021, que concernía a un caso de una persona ya pensionada, estima la Sala que también cubre los casos de personas desafiliadas del RAIS y del sistema por haber obtenido la devolución de saldos, ya que, en estos eventos, igualmente cabe pregonar las «*disfuncionalidades*» que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto y, además, tendría un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Y es que, en efecto, en la referida sentencia SL373-2021, la Honorable Sala de Casación Laboral hizo también alusión a las personas que, como el aquí accionante, obtenían la devolución de saldos:

“Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), **en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado**. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”. Se destaca.

3.3. Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia consultada.

4. Costas

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

VI. DECISIÓN

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

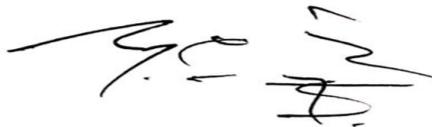
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

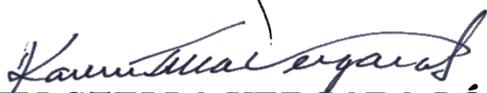


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 352-2021	1
Rad. 23-001-31-05-004-2021-00023-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda.....	1
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA.....	2
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	2
V. CONSIDERACIONES.....	2
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Solución al problema planteado.....	3
4. Costas	4
VI. DECISIÓN	5
RESUELVE:	5
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	5



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 354-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00026-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve 9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de septiembre de 2.021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR ALBA MORÓN TIRADO contra la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad 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

A través de esta, el Juzgado negó las pretensiones de la demanda, al estimar que la situación de la parte demandante es distinta a la de los precedentes verticales, porque éstos conciernen a la violación de la libertad informado para casos de traslado del RPMD al RAIS, en tanto que lo sucedido con la parte actora es que esta nunca ha estado en el RPMD, sino que su inicial afiliación fue al RAIS; y, que, como en la demanda se pidió la nulidad del traslado y no de la afiliación, no es dable considerar la nulidad o ineficacia de ésta, porque no ha sido lo planteado ni lo debatido en el proceso.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, protesta la apoderada de la parte demandante, porque, afirma, el A quo se equivocó, ya que en la demanda lo que se pidió fue la nulidad de la afiliación, mas no de traslado de régimen, ya que, en efecto, la parte demandante nunca ha estado en el RPMD, y que, en el caso, con el interrogatorio que absolvió la parte actora, quedó demostrado que no se le brindó la información debida a fin de seleccionar ella libremente el régimen que realmente le fuera favorable.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la 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 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 de la afiliación de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Improcedencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS en el presente caso

3.1. En el presente caso no estamos en presencia de un traslado de régimen, sino de una afiliación inicial. Por consiguiente, se trata de un caso distinto respecto de los cuales no hay precedente judicial vertical que acatar, pues los proferidos por la Honorable Sala de Casación Laboral conciernen a vinculaciones al RAIS después de haber el afiliado seleccionado inicialmente el RPM.

Así que, como se trata de un caso distinto a los dirimidos por la Honorable Sala de Casación Laboral, no cabe aquí predicar la existencia de precedentes judiciales verticales que deban ser acatados, y, por ende, válidamente es dable apartarse aquí la Sala de la sub-regla de la carga de la prueba impuesta a las AFP sobre la no violación de la

libertad informada al actor. Por lo mismo, cabe aquí predicar que a la parte demandante le incumbía acreditar que su libertad informada le fue desconocida por las AFP demandadas, e incluso, probar también que, con su afiliación inicial al RAIS, se le causó un perjuicio en su expectativa o derecho pensional, máxime cuando, al tratarse de una afiliación inicial realizado en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cabría predicar que aquella –la parte actora– había sido beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicha Ley.

3.2. Ahora, se aduce en la apelación que con el interrogatorio que absolvió la parte demandante, ésta demostró que se le desconoció su libertad informada. Esto no es de recibo, porque los dichos de parte cobran relevancia sólo para los hechos que comportan para confesión, más no en la afirmación de hechos que le favorecen (**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**).

3.3. Asimismo, cabe relieves que la no procedencia de la ineficacia en estos casos de afiliación inicial, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia **STL10357-2020**, la ha estimado razonable y no desconocedora de sus precedentes judiciales:

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

(…).

(…) el Tribunal fundamentó su proveído en otra circunstancia distinta a la que esgrime el accionante en esta acción de amparo y que fue debatida en el trámite del proceso judicial, pues se reitera, dejó a un lado, todo lo relacionado con la ineficacia del traslado, ante la existencia que avizoró de una **selección inicial de régimen**; de ahí que mal puede pregonarse por parte del sentenciador de alzada el que haya desconocido nuestro propio precedente jurisprudencial o que se haya apartado de él para resolver el asunto que es objeto de estudio”. Se destaca.

3.4. Conforme a lo dicho, y teniendo en cuenta que, en el caso, la parte demandante no acreditó que no se le haya brindado la información pertinente, ni tampoco cabe predicar la acreditación de perjuicio a su derecho o expectativa pensional, se ha de confirmar la sentencia consultada, pero por las razones expuestas, más no por la señalada por el A quo de que en la demanda se había pedido la nulidad del traslado al RAIS y no la afiliación inicial a éste, porque, en verdad, como acertadamente se señaló en la apelación de la parte demandante, ésta lo que, en efecto, pidió fue la nulidad

de la afiliación. No obstante, como quedó señalado, ésta no se abre paso, porque no quedó acreditado el desconocimiento de la libertad informada, lo que en este caso era carga probatoria del extremo activo de la relación procesal, al no tratarse de ineficacia de traslado de régimen.

4. Costas

Si bien es cierto que la sentencia apelada ha de confirmarse, no ha de perderse de vista que el reproche que hizo la vocera judicial de la parte demandante a esa providencia lo fue con razón, por ende, la Sala estima que no hay lugar a imponer condena en costas en esta segunda instancia (Vid. 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,

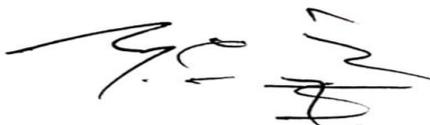
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha indicados en el pórtico de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

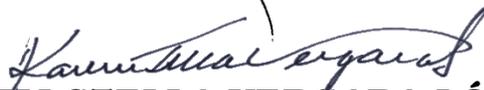


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 354-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00026-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Improcedencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS en el presente caso.....	4
4. Costas	7
VII. DECISIÓN	7
RESUELVE:	7
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 357-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00334-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por ambas partes contra de la sentencia de 30 de septiembre de 2.021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por AMAURY ESTRELLA VERGARA contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre el demandante en calidad de trabajador, y la demandada, en calidad de empleador, de un contrato de trabajo a término indefinido, que cobró vigencia desde el 28 de abril de 2007 hasta el 19

de diciembre de 2015, y, en consecuencia, se condene a estos al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados en la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y cobro de lo no debido.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última se practicó el interrogatorio al demandante y se recibieron los testimonios de ROGER MIGUEL ÁLVAREZ TUIRÁN y JOSÉ MIGUEL PUCHE GASPAR, ambos solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS PUNTOS IMPUGNADOS

A través de esta, se declaró la existencia entre las partes de dos contratos de trabajo, el primero desde el 4 de marzo de 2009 al 31 de diciembre de 2011, y, el segundo, desde el 14 de enero de 2014 al 19 de diciembre de 2015; y, en consecuencia, declaró la prescripción de todas las acreencias laborales del primer contrato (salvo la relativa al pago de aportes pensiones), y, con respecto al segundo, dio por prescritas las causadas hasta el 28 de septiembre de 2015, en tanto que sí condenó al pago de cesantías y compensación

de vacaciones, ambas con indexación. Negó la sanción moratoria, al estimar que no se acreditó la subordinación, por lo que no cabe inferir la mala fe de la demandada.

IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por no haberse condenado al pago de sanción moratoria y haberse liquidado sólo el último año de trabajo. En cuanto a lo primero, dijo que son varios los procesos y varias las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los que se ha condenado al SENA a sanción moratoria; que en este caso la mala fe queda evidenciada por haber contratado al actor por más con la modalidad de prestación de servicios por más de 9 años. Y, respecto a lo segundo, asevera que el demandante sí laboró en forma ininterrumpida, que, si bien no fue visto por los testigos en los meses de enero y diciembre, fue porque éstos no laboran en esos meses, mientras que el actor sí, ya que éste era tractorista y tenía la necesidad económica de ir a laborar todos los días.

3. Apelación de la demandada

Protestó contra la sentencia inicial, exponiendo que no se acreditó la existencia de contratos de trabajo, sino de prestación de servicios, ya que los testigos no dieron fe alguna del elemento de subordinación, el cual, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, es carga probatoria

que le incumbe al demandante, y, en el caso, por el contrario, las pruebas documentales desvirtúan el aludido elemento. Así mismo, reclama la prescripción de las acreencias laborales sin exponer razones concretas que sustentaran este reparo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

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

(i) Por virtud de la apelación de la demandada, si no hay lugar a predicar la prueba de los contratos de trabajo y la prescripción de las acreencias laborales.

(ii) Por virtud del recurso de apelación de la parte demandante, si procede la condena al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 y si la relación laboral consistió en un solo contrato de trabajo.

3. Acreditación de la relación laboral

3.1. Cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, aun tratándose de los concernientes a trabajador oficial, por virtud de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° y 20 del Decreto 2127 del mismo año, a la parte demandante o trabajador le corresponde acreditar la prestación de servicios. Demostrada ésta, se presume el contrato de trabajo **(Vid. Sentencias SL21923-2017, SL1012-2015 y SL8643-2015)**.

Ahora, dicha presunción no se desvirtúa con los contratos escritos de prestación de servicios, y, por ende, las existencias de éstos no constituyen prueba documental que invierta la carga de la prueba al trabajador imponiéndole acreditar la subordinación. No. Así lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias **SL545-2018, SL177-2018, SL21923-2017, SL1012-2015 y SL8643-2015**.

3.2. Ahora, el apoderado de la parte demandada invoca precedentes del Honorable Consejo de Estado, según los cuales a la parte demandante que alega la relación laboral le incumbe también demostrar el elemento de la subordinación.

3.2.1. Frente a lo anterior, en primer término, cabe decir que la jurisprudencia del Consejo de Estado no resulta pertinente para los casos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, en donde el órgano de cierre es la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y, por ende, es la jurisprudencia de ésta la aquí relevante.

3.2.2. En todo caso, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado concerniente a que la subordinación no se presume, siendo del demandante la carga de probarla, tiene su explicación en que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ocupa de los contratos que encubren relaciones laborales que deben ser de índole legal y reglamentario, por consiguiente, no son aplicables a dichas relaciones de trabajo las normas de los trabajadores oficiales, como, por ejemplo, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 que claramente impone la presunción de contrato de trabajo con la sola demostración de la prestación de cualquier servicio personal:

“Artículo 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”.

Así que, la jurisprudencia en comentario del Honorable Consejo de Estado, es perfectamente entendible para relaciones laborales reglamentarias propias de empleados públicos, encubiertas con contratos de prestación de servicios, porque a aquéllas no le son aplicables el mentado

artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual sí rige para las relaciones propias de los trabajadores oficiales.

3.3. Pues bien, en el presente caso, el apoderado de la parte demandada arguye que, entre las partes lo que rigió fueron CPS, los cuales son permitidos por el artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, y ello quedó acreditado con los respectivos contratos escritos aportados al proceso y la liquidación de los mismos.

3.3. De lo anterior disiente la Sala, porque, en primer término, los referidos contratos escritos prestación de servicios, según la jurisprudencia laboral y constitucional, no desvirtúa la presunción de contrato de trabajo que tiene asidero en los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° y 20 del Decreto 2127 del mismo año.

Y, en segundo término, el acta de liquidación de los referidos CPS, en vez de desvirtuar la mentada presunción de contrato de trabajo, lo que hace es hincarla, porque es prueba que, en efecto, la parte demandante ejecutó el contrato, es decir, que efectivamente prestó sus servicios personales, con lo cual se activa la susodicha presunción. En efecto, dichas actas de liquidación tienen por objeto establecer qué tanto se ejecutó la prestación y qué tanto se pagó, es decir, definir el estado económico del contrato: **Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 28 de febrero de 2013, Rad. 25000-23-26-000-2001-02118-**

01(25199)¹; 31 de marzo de 2011, Rad. 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246)²; del 26 de mayo de 2010, Rad. 05001-23-26-000-1988-05756-01(18606)³. Así, en la primera sentencia mencionada, expresó ese órgano límite de la JCA:

“la liquidación del contrato constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto”.

De tal suerte que, las actas de liquidación, por lo menos en el presente caso, en nada aportan al derrumbamiento de la presunción de contrato de trabajo, porque no ponen al descubierto cómo fue ejecutada la prestación personal de los servicios, y, por el contrario, como con tales liquidaciones se infieren que los servicios personales sí fueron ejecutados, lo que hacen es activar la presunción de contrato de trabajo. Sobre este particular, es pertinente traer a colación la sentencia **SL8643-2015** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ésta expresó lo siguiente:

“(…) los contratos de prestación de servicios adosados a los autos, indiscutidos por el demandado se reitera, acreditan precisamente el hecho base de la presunción de contrato de trabajo: la prestación personal y continua de servicios de la actora al Instituto demandado.

¹ C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

² C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

³ C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

(...) y las liquidaciones de los respectivos contratos de prestación de servicios nada distinto a lo ya anotado expresan, esto es, que por los servicios prestados la actora percibió una determinada remuneración”.

En fin, el reparo de la apelación de la parte actora relativo a la ausencia de prueba de la relación laboral, no es acogimiento.

4. Respecto a la prescripción

4.1. El apoderado de la demandada reclama la prescripción de las acreencias laborales.

4.2. Lo anterior no es de recibo, porque, aun haciendo abstracción de la reclamación administrativa que hizo la parte demandante el 28 de septiembre de 2018 y que la demandada la respondió el 11 de octubre de ese mismo año (pág. 21, pdf. «2018-334»), lo cierto es que los rubros a los que condenó el A quo, algunos (cesantías y compensación de vacaciones) se hicieron exigibles con la terminación del último contrato de trabajo (Vid. CSJ Sentencias SL555-2013, SL7915-2015 y SL3625-2021), es decir, desde el 20 de diciembre de 2015, y, desde esta data hasta la fecha de presentación de la demanda (23-octubre-2018, pág. 107 pdf. «2018-334»), no se completó el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS para la estructuración de la prescripción. Y, el otro rubro que fue objeto de condena es el relativo a los aportes a la seguridad social, que son

imprescriptibles, porque se trata de un derecho irrenunciable (CP, art. 48-2°).

En fin, tampoco prospera este reparo de la apelación de la parte demandante.

5. Respecto a la sanción moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949

5.1. Esta sanción moratoria no es de aplicación automática. Ahora, en cuanto a su imposición este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla en comentario que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765⁴**, señaló:

“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.

A su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767⁵**, expresó:

“Si **la censura invoca** el contenido literal de las aludidas documentales, **para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador** respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, **es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo**”. Se destaca.

En la **SL19093-2017**, dijo:

⁴ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

⁵ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949], **dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante**, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la **SL1426-2018**, señaló:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que **es incontrovertible el ejercicio de la subordinación** y la remuneración por los servicios prestados”.

Y, en fin, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**).

7.2. El criterio en comentario ha sido encontrado razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**, además se trata de una tesis que se ha derivado de la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, tal como se infiere de sus precedentes arriba invocados, entre muchos otros.

7.3. Pues bien, de las pruebas recaudadas se tiene que, a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo ha de llegarse exclusivamente por la presunción de contrato de trabajo derivadas de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 20 del Decreto 2127 del mismo año, pues ninguna de las pruebas recaudadas revela el ejercicio del poder subordinante por parte de la demandada, al actor.

Corolario de lo dicho, es la no aceptación del reparo de la apelación de la parte demandante, concerniente a la sanción moratoria en referencia.

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

6. Respecto a la unicidad de la relación laboral

6.1. El apoderado de la parte demandante insiste en que se trató un solo contrato de trabajo, porque, afirma, el demandante sí laboró en forma ininterrumpida, que, si bien no fue visto por los testigos en los meses de enero y diciembre, fue porque éstos no laboran en esos meses, mientras que el actor sí, ya que éste era tractorista y tenía la necesidad económica de ir a laborar todos los días.

6.2. Las anteriores argumentaciones, como puede apreciarse, no tienen cimientos en pruebas, pues, esa misma alegación acepta implícitamente que los testigos no pueden dar fe de haber laborado el actor en forma ininterrumpida o sin solución de continuidad, y, en cuanto a la prueba

documental, igualmente deja sin soportes espacios superiores a un mes entre el 2012 al 2014, recordándose que, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, las interrupciones abarcan más del mes, rompen la solución de continuidad (Vid. CSJ Sentencia SL2422-2021).

Dicho lo anterior, tampoco prospera la apelación de la parte demandante.

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia inicial.

7. Costas

Dado que ambas partes apelaron y a ninguna de ellas les prosperó la apelación, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-5° y 8°).

VII. DECISIÓN

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

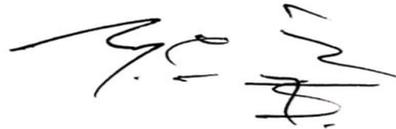
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 357-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-001-2018-00334-02	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, EN LOS	2
PUNTOS IMPUGNADOS	2
IV. LOS RECURSO DE APELACIÓN	3
1. Apelación de la parte demandante	3
3. Apelación de la demandada.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Problema jurídico a resolver	4
3. Acreditación de la relación laboral	5
4. Respecto a la prescripción.....	9
5. Respecto a la sanción moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949	10
6. Respecto a la unicidad de la relación laboral.....	13
7. Costas	14
VII. DECISIÓN	14
RESUELVE:	15
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	15



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 365-2021

Radicado n°. 23-162-31-03-002-2017-00034-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, nueve (9) de noviembre 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 de 5 de octubre de 2.021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ JAVIER PICO POLO, en contra de T EMPLEAMOS S.A.S., la cual llamó en garantía a la E.S.E. HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETÉ.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El demandante pide que se declare la existencia entre él y la demandada T EMPLEAMOS S.A.S. de un contrato de trabajo, y, en consecuencia, se condena a la última a pagar los salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales indicados en la demanda y concernientes a diversos meses del año 2.016.

1.2. En sustento de lo anterior, se adujo como hechos sustanciales que, como trabajador en misión, ejerció sus funciones de conductor en la ESE CAMU SAN CARLOS (Sic), desde el 1° de enero de 2.016 hasta el 30 de marzo de la misma anualidad, pero que el contrato fue renovado automáticamente, llegando a laborar como conductor de ambulancia en horas extras, nocturnas y en días festivos y dominicales.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida y notificada en legal forma la demanda, T EMPLEAMOS S.A.S. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: *pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y carencia de derecho de indemnización por renuncia.*

2.2. La demandada llamó en garantía a la E.S.E. HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETÉ, la que se opuso tanto a la demanda como al llamamiento, y, frente a la primera, formuló las excepciones de mérito que denominó: *la labor realizada no fue como trabajador en misión, sino como trabajador directo de la contratista; el demandante no es*

trabajador en misión de la ESE; falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se practicó el interrogatorio de parte a la representante legal de T EMPLEAMOS S.A.S. y se recibieron los testimonios de MARTÍN YEPES MACÍA y ELIANA ESTHER MARSIGLIA DE LA OSSA, solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que el verdadero empleador de la parte demandante no lo es T EMPLEAMOS S.A.S., sino la ESE HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETÉ, pero que, al no haber sido demandada esta última como empleadora, sino citada como llamada en garantía, no era dable acceder a las súplicas del libelo genitor.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandante apela la sentencia, mostrando inconformidad sólo con la condena en costas, ya que, afirma, no debió impartirse ésta, porque de todas formas los servicios del actor beneficiaron tanto a la demandada T EMPLEAMOS S.A.S, como a la llamada en garantía E.S.E. HOSPITAL SAN DIEGO CERETÉ; y, que la referida condena constituye un detrimento del patrimonio del demandante, quien es la parte débil de la relación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Solo el vocero judicial de la parte demandante presentó alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta sólo en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación efectuada en la audiencia del artículo 80 del CPTSS (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

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 la sustentación de la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: *si hay lugar a la condena en costas de la primera instancia a la parte demandante.*

3. Solución al problema planteado

3.1. El vocero judicial de la parte demandante apeló la sentencia, mostrando inconformidad sólo con la condena en costas, ya que, afirma, no debió impartirse ésta, porque de todas formas los servicios del actor beneficiaron tanto a la demandada T EMPLEAMOS S.A.S, como a la llamada en garantía E.S.E. HOSPITAL SAN DIEGO CERETÉ; y, que la referida condena constituye un detrimento del patrimonio del demandante, quien es la parte débil de la relación.

3.2. Lo anterior no es de recibo, porque la parte demandante resultó ser la vencida en el proceso, debiendo, por tanto, asumir el pago de las costas de la primera instancia, ya que, en efecto, aquellas se causaron, habida cuenta que la parte demandada, T EMPLEAMOS S.A.S., quien es la beneficiaria de la condena en comentario, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, prosperando las que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva*, lo que es suficiente para la imposición de la susodicha condena, habida cuenta que ésta no está supeditada a consideraciones subjetivas, sino exclusivamente a las resultas del proceso.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL4019-2021 discurrió:

“Las costas del proceso no están supeditadas a una actuación subjetiva de la demandada, sino exclusivamente a las resultas del proceso, gravando a la parte que no sacó adelante las pretensiones o, como en este caso, las excepciones, según el

artículo 365 del CGP en otrora el artículo 392 del CPC, aplicable por el artículo 145 del CPTSS”.

Y, en la sentencia SL4650-2017 ese mismo órgano de cierre expresó:

“Tocante a la imposición de costas judiciales de la primera instancia, contrario a lo sostenido por el accionado, sí resulta pertinente, habida cuenta que el CPC. Art. 392, modificado por el D. 2282/1989 Art 1° numeral 198, la L.794/2003 Art. 42, y la L. 1395/2010 Art. 19, aplicables en materia laboral por remisión del CPT y SS Art. 145, consagra esta carga o imposición a la parte vencida en la *litis*, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, suplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y entendidas entonces las costas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es el ISS, no es procedente acudir al postulado de la buena fe para su exoneración, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos”.

En el mismo sentido, está también la sentencia SL4092-2018.

3.3. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia inicial.

4. Costas

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas en esta segunda instancia por no estimarse causadas (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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 365-2021	1
Radicado n°. 23-162-31-03-002-2017-00034-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Solución al problema planteado	4
4. Costas	7
VII. DECISIÓN	7
RESUELVE:	7
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.....	7

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Expediente: 23-001-31-05-004-2019-00246-01 Folio 47-2021

Montería, nueve (9) de noviembre del año dos mil veintiunos (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, así como el recurso de apelación interpuesto por el mismos contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por OLGA ROSA PÉREZ CORREA contra la COLPENSIONES.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

La actora pide se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión vejez por virtud del Acuerdo 049 de 1990, retroactivo pensional desde el 30 de abril del año 2000, indexación de la primera mesada, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condena ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

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

Como sustento a la causa petendi indicó que, laboró para el municipio de Lórica como servidora pública; Desde el 5 de junio al 30 de diciembre de 1988; del 01 a 30 de enero de 1987; del 05 de junio hasta 30 de diciembre de 1987; desde 01 de enero de 1988 hasta el 30 de abril de 1999, realizando aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la caja de previsión Municipal de Lórica hasta el 31 de agosto de 1995; afiliándose posteriormente al Régimen de Prima Media desde el 01 de septiembre de 1995, realizando aportes hasta el 30 de abril de 2000.

Afirma que laboró al servicio del municipio de Lórica 4495 días, esto es 12 años, tres meses y 25 días, para un total de semanas cotizadas de 630.33, razón por la cual aduce se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 del Acuerdo 049 de 1990, y que a fecha 13 de julio de 2010 acreditaba los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, motivo por el cual solicitó a Colpensiones el 31 de enero de 2019 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada bajo el argumento que no reunía los requisitos legales para el reconocimiento pensional.

II. Contestación de la demanda

III.I. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones; Frente a los hechos se opuso a todos y cada uno. Propuso las excepciones de fondo que denominó: *inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo debido, innominada o genérica y prescripción,*

II.II. Las audiencias estatuidas en el artículo 77 y 80 del CPTSS se surtieron en forma separada, recaudándose solo 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 la demandante tiene derecho a percibir la pensión de vejez bajo el régimen de transición en cuantía de un 1 SMLMV, cuya causación y disfrute se dio desde el primero (1) de mayo del año 2000, la cual comenzará a recibir a partir del 31 de enero de 2016 por haber prosperado la excepción de prescripción.

Consideró el A-quo que la accionante es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad, la actora a 30 de julio de 1995 contaba con 53 años, y para la entrada en vigencia del A.L 01/2005 (26 de julio de 2005) tenía 502 semanas según se observa de la Historia laboral.

Para calcular el monto pensional, tuvo en cuenta: para el IBL art 21 Ley 100 de 1993 (últimos 10 años cotizados), tasa de reemplazo del 51% en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por tener menos de 500 semanas cotizadas, equivalentes en cuantía de la pensión en valor de 1 smlmv, con derecho a devengar 14 mesadas pensionales por ser la dispensa pensional reconocida inferior a 3 SMLMV.

Por último, declaró la prosperidad parcial de la excepción de prescripción a establecer que si bien, el fenómeno prescriptivo fue interrumpido por la petición de la accionante ante la entidad pensional el 31 de enero de 2019, es claro que las mesadas causadas con anterioridad al 31 de enero de 2016 hacia atrás se encuentran prescritas.

IV. EL RECURSO DE APELACION.

IV.I Apelación por Colpensiones

El apoderado judicial de Colpensiones mostró su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia indicando, que no había lugar al reconocimiento pensional en atención a que la demandante no reunía los requisitos legales dado que, las 197 semanas cotizadas al ISS son insuficientes para acceder al régimen que pretende, que si bien cotizó en toda la vida laboral 599.85 semanas, 197 fueron al ISS, y al tener combinación de tiempos públicos entre Cajanal y el ISS, obligaría que la prestación fuera reconocida bajo la ley 33 de 1985, y en ese entendido al ser modificado el régimen de transición por el Acto 01 de 2005 la transición no podía extenderse más allá de 2010, a menos que el afiliado tuvieran 750 semanas cotizadas, requisitos del cual adolece la demandante.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de Colpensiones oportunamente presentó sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expresado en el recurso de primera

instancia; por su parte la demandante con su intervención en esta instancia, en lo esencial pide, se confirme la sentencia.

VI. CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que desatará el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

VI.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación y que ha de resolverse el grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar **(i)** si la demandante es beneficiaria del régimen de transición; en caso afirmativo, **(ii)** si reúne los requisitos de la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; si ello es así, **(iii)** si tiene derecho a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93, **(iv)** si hay lugar a las costas procesales .

VI. III. La demandante es beneficiaria del régimen de transición.

Al tenor del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición, se requiere que, al 1º de abril de 1994, fecha de la entrada de la vigencia de la mencionada Ley, o para el 30 de junio de 1995 tuviera en su calidad de servidora pública 35 años de edad si fuere mujer o 40 años si fuere hombre, o tuviere, por lo menos, 15 años de servicios cotizados.

Ahora, recuérdese que, la demandante prestaba sus servicios para una entidad de carácter territorial como lo es el Municipio de Lorica- Córdoba; y en ese orden de ideas, al citar el párrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993, se observa que, establece el sistema General de pensiones para los servidores Públicos del nivel Municipal, el cual entraría regir a mas tardar el 30 de junio de 1995. En ese sentido, la consecuencia de ser beneficiaria del régimen de transición consiste en que se cumplan los requisitos de edad y semanas cotizadas para tener derecho a la pensión de vejez.

En ese orden de ideas, retomando el caso, se observa que a 30 de junio de 1995 la actora tenía vigente una relación laboral con el Municipio de Lorica (folio 14 a 16) y así se desprende del certificado laboral visto a folio 17 a 25, lo que invita a verificar si en la mentada fecha la demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición.

De la copia de la cedula de ciudadanía –folio 11- se otea que nació el 20 de abril de 1942, que acompañado con lo establecido en el artículo 151 de la referida ley 100, la actora a 30 de julio de 1995 contaba con 53 años, concluyendo que es beneficiaria del susodicho régimen de transición, es decir, tiene derecho a que se le aplique los requisitos de edad, densidad de semanas y monto establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 por ser este el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993.

VI. IV. La demandante reúne los requisitos de la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año

A la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, para tener derecho a la pensión de vejez se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Edad: Haber cumplido 60 años de edad si es hombre o los 55 años si se es mujer.

Este requisito lo cumple la demandante, porque como se dijo arriba, efectivamente alcanzó los 55 años de edad el 22 de abril 1997. (Vid. cédula de ciudadanía folios 16).

b) Haber cumplido un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Este requisito también lo cumple la demandante, en el entendido que, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, contaba con incluso más de 500 semanas cotizadas, exactamente tenía semanas 502 lo que indudablemente la hace acreedora de la pensión concedida en primera instancia.

VI.V. Sobre el IBL y la Tasa de reemplazo.

Como quiera que el monto fijado para la pensión se estableció en la suma de 1 SMLMV, no es necesario estudiar el IBL o tasa de reemplazo aplicable, por cuanto al hacerlo se llegaría a la misma conclusión, en razón a que las semanas cotizadas suman un total de 502, lo cual se acompasa con lo dispuesto en el canon 20 del Acuerdo 049 de 1990, al indicar que, el porcentaje correspondiente en entre las 500 y 550 corresponde a 45%.

Siendo ello así, y observando que la actora cotizó 502 semanas no hay lugar a subir el monto de la prerrogativa pensional reconocida, amén, que la actora se mostró conforme con tal determinación, y el grado jurisdiccional de consulta se surte a favor de la Administradora de Pensiones Colpensiones.

VI.VI Fecha de causación y disfruté de la pensión.

Como se explicó anteriormente, la actora terminó de reunir los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a su pensión en la calenda que cumplió los 55 años de edad, esto es, el 20 de abril de 1997, y su ultimo cotización la efectuo el 30 de abril del año 2000, por lo tanto, la causación y disfrute corresponde al 01 de mayo del año 2000.

VI.VII Excepción de prescripción de las mesadas pensionales

Atendiendo a que la actora tenía derecho a devengar la pensión desde el 30 de abril año 2000, y la reclamación administrativa se efectuó el 31 de enero de 2019, le mencionada excepción limita desde al 31 de enero de 2016 hacia atrás en atención al canon 488 del CST y 151 del CPL y S.S, como acertadamente lo concluyó el A-quo.

VI.VIII. Derecho a devengar 14 mesadas pensionales

El derecho a devengar 14 mesadas pensionales que le asiste a la demandante surge por la disposición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005 en su parágrafo transitorio 6 del artículo 1 del mentado Acto Legislativo, el cual dispone; *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si*

la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”; puesto que su derecho a la pensión se causó el 01 de mayo de 2000, calenda esta anterior al límite dispuesto por la norma *ibídem*, esto es, el 31 de julio de 2011, siendo que además, la demandante solo devenga una pensión equivalente a 1 SMLMV, lo que indudablemente la hace acreedora del derecho a devengar 14 mesadas pensionales como atinadamente lo dispuso el Juzgador de Primer Grado.

VI.IX. Respecto a los intereses moratorios del art. 141 de 1993

Efectuada la petición o reclamación administrativa de la pensión con el cumplimiento de los requisitos para acceder a dicha prestación (Vid. SL 29 nov. 2011, R. 32836. M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez y SL 5 abr. 2011, rad. 43564 M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza), la entidad administradora de pensiones no la reconoce dentro del plazo de gracia de cuatro (4) meses que se le concede para resolverla, a partir del vencimiento de dicho plazo se causan los intereses moratorios hasta cuando, por regla general, se verifique el pago.

En este caso, la petición o reclamación administrativa con el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho, se efectuó el 31 de enero de 2019, por ende, el plazo de 4 meses para reconocer la prestación se venció el día 31 de mayo de 2019, más, como la entidad no la reconoció dentro de ese lapso la pensión, los intereses moratorios en comento se han venido causando desde esa calenda hasta cuando se verifique el pago, como bien lo dispuso el A-quo.

VII. Costas

Dado que hubo réplica a la alzada por ambas partes, se estima que, si se causaron las costas en el trámite de esta segunda instancia, y, por ende, sé condena al pago las mismas (CGP, art. 365-8º). A cargo de Colpensiones y a favor de la demandnte.

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, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016

expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad

VIII. DECISIÓN

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

IX. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen fecha y contenido, por lo dicho en procedencia.

SEGUNDO: Costas como se indicó en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADO



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARÉN STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Expediente 23-001-31-05-005-2019-00057-01 Folio 53-21

Montería, nueve (9) de noviembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **CLAUDIA PATRICIA YEPEZ JIMENEZ** contra la **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA**.

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la actora se declare que entre ella y la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., existió un contrato de trabajo desde el 5 de mayo de 1999 hasta el 28 de febrero de 2016, y como consecuencia de lo anterior se condene al pago de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones dejadas de cancelar, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, sanción moratoria por no consignación de cesantías, domingos y festivos, e indexación por todo el tiempo de servicio prestado.

I.II Hechos

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

1. Indica la actora que laboró al servicio de la empresa Apuestas de Córdoba S.A. hoy Red de Servicios de Córdoba S.A.- RECORD desde el 5 de mayo de 1999 hasta el 28 de febrero de 2016, vinculada

inicialmente mediante contrato de trabajo, realizando los aportes de ley.

2. Arguye que, a finales del año 2000, la empresa decide cambiar la modalidad de contrato y vincularla por medio de un contrato al parecer mercantil.
3. Aduce, si bien desde el año 2000 fue contratada bajo la modalidad de contrato mercantil, las funciones por ella desempeñada y la modalidad de contrato, encajan dentro de un contrato laboral.
4. Dice que cumplía un horario de trabajo desde las 2:00 pm hasta las 9:00 pm de lunes a domingo, establecido por el empleador, recibiendo dotaciones, es decir, uniformes marcados con el logotipo de la empresa y una remuneración mensual que oscilaba en la venta de chance y demás servicios impuestos por el empleador, existiendo una subordinación, ya que recibía órdenes y estaba bajo la constante supervisión de un supervisor y un jefe de área, y que en cumplimiento de las ordenes de la señora CLAUDIA se realizaba en cualquier momento el tiempo y cantidad de trabajo, imponiéndole metas y funciones como promover nuevos servicios y tareas.
5. Relata, dentro de sus funciones se encontraba realizar lo concerniente a las apuestas, vender lotería suministrada por la empresa, lo cual era de obligatorio cumplimiento, promover nuevos servicios ofertados por la empresa, tales como la venta de doble chance, súper astro, golpe chance y otros, recibir pagos de servicios públicos, servicio de recargas, aclarando, la empresa imponía el deber de vender esos productos y en caso de no hacerlo era causa de llamados de atención y hasta suspensión.
6. Finalmente añade, dentro de los llamados de atención anexa, memorando de fecha 21 de agosto de 2008, firmado por el Gerente General Juan Manuel Miranda y el Jefe de Mercadeo y Ventas Juan Rafael Ramírez y que durante el tiempo que estuvo vinculada no se le afilió a ningún fondo de prestaciones sociales y le quedaron adeudando sus prestaciones sociales.

II. Contestación de la demanda

II.I. Red de Servicios de Córdoba S.A.

Se pronunció la demandada, argumentando ser cierto que la demandante tuvo dos clases de contrataciones con la empresa RECORD S.A., una de carácter laboral a partir del 3 de mayo de 1999 hasta el 15 de noviembre del 2000, finalizando por justa causa, fungiendo posteriormente como COLOCADORA DE APUESTAS PERMANENTES INDEPENDIENTE con contrato mercantil a partir del 22 de septiembre de 2005 hasta el 22 de febrero de 2016 , dejando de vender y promocionar en su puesto de ventas de forma voluntaria, por lo que no es cierto que se hubiese

decidido cambiar la modalidad del contrato laboral, transcurriendo varios años entre uno y otro.

Y dice, la empresa demandada no imponía un horario determinado a las colocadoras, porque si bien es cierto que debían prestar el servicio en los casilleros dotados por la empresa, estos se abren obligatoriamente al público, en cumplimiento del contrato de concesión de la venta de apuestas con la Gobernación de Córdoba. Pero los operadores mercantiles o personas vinculadas con Contratos Mercantiles como la del demandante, pueden o no llegar a vender el producto, si no llegan a vender no se le llama la atención o sancionan. Pues al ganar ellos por comisión por venta, si no venden no ganan y aclara, no recibía órdenes de los administradores de la empresa, ni estaba bajo constante supervisión de un supervisor y/o jefe de área, sin tener una subordinación característica del contrato laboral.

Finalmente dice, a la demandante no se le quedó adeudando prestación alguna y además, esta no devengaba salario alguno por parte de la empresa, ya que solo se le reconocía un porcentaje de la venta diaria del chance o juego de apuestas vendido.

En cuanto a las pretensiones formuladas, se opone a su totalidad, formulando a su vez las excepciones de "prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, carencia de derecho sustantivo, buena fe contractual y las que resulten probadas en el curso del proceso".

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 23 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería decidió: Declarar que entre la SEÑORA CLAUDIA PATRICIA YEPEZ JIMENEZ y la sociedad RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A existió un contrato de trabajo en donde la primera fungió como trabajador y el segundo como su empleador; contrato que se dio entre los extremos señalados entre el día veintidós (22) de agosto de dos mil cinco (2005) hasta el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada Red De Servicios De Córdoba S.A a que pague al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la señora Claudia Patricia Yépez Jiménez, consigne lo que corresponde al pago de seguridad social en pensiones para la data que va del veintidós (22) de agosto de dos mil cinco (2005) hasta el veintidós(22) de febrero de dos mil dieciséis(2016) y absolver a todos los demás reclamos impetrados por la demandante.

Pudo determinar el a-quo, se demostró por parte de la actora la prestación personal del servicio a la empresa demanda, y en consecuencia, es beneficiaria de la presunción establecida en el art 24 del CST.

IV. RECURSO DE APELACION

IV.I. PARTE DEMANDANTE

Sustentó el apoderado judicial de la parte demandante su recurso de apelación, mostrando su descontento en lo referente a varios puntos de la sentencia de primera instancia así:

Aduce la apoderada, no comparte la postura referente al decreto de la excepción de prescripción, iniciando por manifestar que el CGP se establecen los requisitos de la contestación de la demanda, entre estos se encuentra el número 6, que dice: las excepciones que se pretendan hacer valer, deben estar debidamente fundamentadas.

Dice, la empresa RECORD efectivamente presentó la excepción de prescripción, alegando que el vínculo laboral se mantuvo hasta el día 22 de febrero de 2016, sin embargo esta excepción no fue debidamente acreditada, entonces surge la duda para la parte demandante de porque esta fecha 22 de febrero de 2016, si no hay ningún documento que así lo acredite, en tal sentido la excepción de prescripción no fue debidamente fundamentada, por lo cual no hay un soporte legal para que esta haya sido probada (...)

Argumenta la recurrente, en el caso en cuestión, a quien le quedaba más fácil o tenía los medios idóneos para probar cuando finalizó el vínculo laboral es la EMPRESA DE RED DE SERVICIOS RECORD, pues ellos mantienen un registro hasta cuando sus empleados se encuentran vinculados, entonces la duda es porque no se probó con ningún documento, formato o algún medio idóneo la desvinculación de la señora CLAUDIA YEPEZ a partir del 22 (...)

En cuanto a los extremos laborales que se debatieron en el proceso, alude, se tomó en cuenta el año 2005 como fecha de inicio, cuando con la demanda, testimonios y demás pruebas allegadas se logró establecer que nunca hubo una interrupción laboral desde el año 1999, cuando la señora CLAUDIA PATRICIA YEPEZ, empezó su vinculación contractual con RECORD, quedando demostrado con el testimonio de la señora MAYERLI MESTRA, quien indicó que trabajó en la empresa desde el año 88 hasta 2008.

Finalmente sugiere, con el certificado de afiliación que se aportó como prueba de la empresa PORVENIR, se da constancia que la señora CLAUDIA PATRICIA YEPEZ estuvo vinculada desde el año 2000 hasta el 2010, por tanto, no podemos aducir que esto es un simple error del sistema, porque un error es aceptable que uno, dos, tres meses, pero durante diez años, ninguna empresa va a vincular a una persona, a pagarle riesgos profesionales sino se encuentra laborando.

IV.II. PARTE DEMANDADA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, consiste en lo siguiente:

Opina el recurrente, ahora mismo tenemos una fusión jurídica con el Tribunal y tal vez de pronto porque los juzgados también deben acogerse a los criterio del H. Tribunal, también la vamos a tener igualmente con los jueces y es el aspecto de los colocadores independientes que laboran o que prestan el servicio en la empresa RECORD, y no se puede establecer que solamente porque ya hay una sentencia y hubo un cambio de jurisprudencia del H. Tribunal, per se conlleva a que todos los procesos ordinarios laborales que se llevan en contra de RECORD, todos van a salir igual, porque todos los procesos son diferentes, en algunos se prueban cosas, en otros no se prueban cosas y hay que tomar decisiones también en ese sentido.

Y continua diciendo, se debe considerar que los contratos de colocadores de apuestas permanentes no es una ficción, es una realidad jurídica y este puede ser de dos manera, unos de colocadores independientes con contrato mercantil y otros como colocadores dependientes con contrato laboral, dice no se está hablando de contrato de prestación de servicio, sostiene ser un contrato eminentemente legal, creado por la ley laboral a pesar de que es un contrato mercantil, y este contrato mercantil que se creó en la ley 50 de 1990.

Y añade, el mismo artículo 13 de la ley 50 del 90, habla del pacto de exclusividad, y alega que el H. Tribunal de instancia de Córdoba ha establecido que ese pacto prácticamente es sinónimo de un contrato laboral y interpretación con la que no comparte, ya que la misma Corte Constitucional dice lo contrario, en la sentencia T721, donde habló del tema.

Arguye, se debe revisar sobre la presunción, analizando si efectivamente lo que se dio fue el contrato mercantil, que efectivamente fue lo que se dio, ya que considera la parte demandante no logró acreditar sus peticiones a través de las pruebas que allegó.

Finalmente dice, los elementos que tiene que suministrar la empresa al trabajador, se dan porque todo tiene que ser en línea, ya que cuando una persona hace un juego de chance en un computador inmediatamente lo sabe la gobernación de Córdoba y lo sabe la DIAN, entonces, un colocador independiente que no tenga su propio computador, jamás podrá vender un juego de apuesta legal, primero porque el juego de apuesta legal lo tienen que dar es en concesión, y una persona natural de pronto de la calle con un computador cualquiera no podría hacerlo.

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I. PARTE DEMANDADA

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, a través de su apoderado judicial, argumentando que para este caso el Juez concluyó el contrato realidad, sin hacer prácticamente un estudio de las pruebas aludidas. Muy a pesar de que la sentencia del Tribunal citada estipula en una forma de distracción jurídica, que cada caso o proceso, es único.

Afirma, además, con el solo análisis de que la empresa concesionaria entregue los elementos para prestar el servicio, se concluye un contrato realidad. Y se pregunta, ¿porque la Corte sigue dirimiendo procesos de Concesionarias, sin que por el hecho de que exista esa premisa que considera el tribunal, se concluya que es un contrato laboral?

Y añade, en este tipo de procesos se está prejuzgando, por tanto, el Tribunal, debe analizar nuevamente su postura respecto a este proceso y los otros.

Finalmente dice, el testimonio de la parte demandada, y el mismo Juez en su fallo, establece que la testigo dice no recordar mucho y que no era preciso, ni conciso, así como el hecho de llevar uniforme no indicaba o significaba que le daban órdenes. Y aun así concluye en forma radical que existió un contrato realidad.

V.II. PARTE DEMANDANTE

Solicita la apoderada judicial de la demandante, se revoque en partes el fallo proferido en lo referente a los extremos laborales y la excepción de prescripción, lo anterior teniendo en cuenta que dentro del estudio de primera instancia se logró acreditar que la actora estuvo vinculada como trabajadora que prestó sus servicios a favor de la sociedad Red de Servicios de Córdoba S.A.; y de igual forma se logró demostrar que su ingreso data de fecha 05 de mayo de 1999 ocasión en la cual fue vinculada mediante contrato de trabajo.

Y dice, lo que en realidad ocurrió en el año 2000, fue un cambio en la modalidad de su contrato para desmejorar sus condiciones laborales, esto a través del certificado de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS anexo al expediente.

Continua esbozando, el despacho de primera instancia no le dio el valor probatorio suficiente, al testimonio de la señora Mayely Mestra, ya que si bien la trabajadora no cuenta con un soporte documental que acredite la fecha de salida 28 de febrero de 2016 lo cual resultaba imposible pues dada la informalidad en la que la mantenía de la sociedad Red de Servicios de Córdoba S.A.; alega que se puede extraer de los testimonios rendidos que efectivamente dicha terminación ocurrió en el año 2016 y que laboró todo el mes de febrero con el fin de obtener la llamada "prima" que Record cancelaba mes cumplido, correspondiéndole al juez desentrañar de los medios probatorios los elementos necesarios para esclarecer la duda, toda vez que se tenía la seguridad sobre la prestación del servicio en un determinado periodo.

VI. CONSIDERACIONES

VI.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las partes.

VI.II. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si;

i) Si entre las partes existió un contrato de trabajo en los extremos indicados por la demandante, verificando si se reunieron los elementos de la relación laboral, de ser así, ii) establecer si erró el a-quo al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados.

Procederemos a dilucidar si entre las partes existió o no una relación de carácter laboral.

Ahora bien, 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 "aque! 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".

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

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

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

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

c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

Conforme a lo antes mencionado, será pertinente remitirnos al artículo 24 del C.S.T, el cual reza **"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"**. Esto acompañado del debido soporte probatorio que inicialmente está en cabeza del demandante y contra la cual puede la parte demandada aportar pruebas que lleven a desvirtuar dicha presunción.

Dada la no discusión de las partes sobre la prestación de servicios de la actora a la demandada APUESTAS DE CÓRDOBA S.A., entonces, debe indagarse sobre las demás pruebas, a fin de verificar si, lo que ocurrió en la realidad, fue la prestación de los servicios de la actora, a la demandada, de forma personal, con exclusividad y subordinación, porque, de ser así, en virtud del principio de la primacía sobre la realidad, habría que concluir que lo realmente acontecido entre las partes fue un contrato de trabajo.

Y, al respecto, la parte demandada, en su recurso de alzada, sugiere no se demuestra una subordinación, esto bajo el entendido que la demandada laboraba de manera independiente, y que si bien desarrollaba sus actividades con los medios suministrados por la empresa, esto se realiza *"porque lo obliga la misma ley a hacerlo, el mismo contrato de concesión establece de que él obligatoriamente tiene que tener todos los elementos, software, computadores, sitios donde vender la apuestas de chance y esto para que, para evitar el juego de chance ilegales"* indicando además, la trabajadora no estaba sometida al cumplimiento de un horario establecido, ni órdenes impartidas, demostrándose así a su consideración la existencia de un contrato de trabajo.

Pues bien, en aras desvirtuar la aludida presunción de contrato de trabajo, se observa que, como pruebas, resultan relevantes valorar el contrato escrito suscrito por las partes, certificados testimoniales e interrogatorios de parte practicados.

En cuanto al contrato suscrito por las partes (*pág. 29 de la contestación de la demanda*), aunque éste aparece calificado como de índole mercantil y señalando a la demandante como colocadora independiente de apuestas permanentes, no es dable reconocerle la eficacia probatoria de derruir la presunción de contrato de trabajo en comentario, a la luz de la jurisprudencia constitucional y laboral.

En efecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia **C-665 de 1998**, señaló:

"El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y

la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente”.

En similar sentido, se ha pronunciado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en sentencias **SL3795-2020, SL, 17 abr. 2013, rad. 39259** y **SL21923-2017**. En la última discurrió:

“No podía el operador judicial de primer grado, considerar desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo del simple contenido literal de los mismos, en primer lugar, porque ellos son el medio a través del cual se instrumentaliza el encubrimiento de la realidad, lo que obliga a su análisis en contexto con los demás medios de prueba”.

En cuanto al dicho de la señora SANDRA FRANCO, testigo de la parte demandada, no tiene información certera de cómo prestó los servicios la demandante, ni el conocimiento directo de cómo se desarrolló en los hechos, la relación de la actora, ya que insistió en afirmar que no se enfocaba en la labor por ella realizada y expresa: *“lo que hay que velar es que el punto éste abierto”*.

Y recuérdese que uno de los aspectos más esenciales para la credibilidad del dicho del testigo es la fuente o ciencia de su dicho, de ahí que el juez debe exigir al testigo que exponga la ciencia de su dicho, tal como lo impone el artículo 228, numeral 3º, del CPC, hoy 221, numeral 3º, del CGP. Y, por consiguiente, si dicha ciencia o fuente de conocimiento no está establecida, o si ella lo viene hacer el dicho de la propia parte que se beneficia con lo atestado, *o si no es directa*, poca convicción infunde (**Vid. TSM, Sala 4 CFL, Sentencia del 20 de marzo de 2019, Rad. 2018-00149-01 folio 097. M.P. Dr. Cruz Antonio Yáñez Arrieta**).

Ahora, el apoderado de la parte demandada ha venido insistiendo en el planteamiento jurídico, consistente en que el contrato de colocador de apuestas permanentes sólo es laboral si se pacta cláusula de exclusividad, y que, como en el suscrito con la actora no aparece dicha cláusula, razón suficiente, a su juicio, para dar por sentado que se trató de un contrato mercantil, aduciendo además, *el Tribunal ha establecido que dicho pacto prácticamente es sinónimo de un contrato laboral cuando no es así*.

Planteando también la idea de que, como para la actividad contratada se ha de realizar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), necesariamente la labor del colocador permanente debe realizarse con equipos de la empresa contratante, ya que lo obliga la misma ley a hacerlo.

Empiécese por dilucidar lo relativo a la cláusula de exclusividad pactada o no en los contratos de colocadores de apuestas permanentes,

concretamente su incidencia para la calificación de laboral o no de tales contratos.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 97-A del CSTYSS, el cual fue incorporado a dicho código por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, preceptúa:

*“Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de **dependientes o independientes**. Son colocadores de apuestas dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. **Son colocadores de apuestas independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad**”.* Se destaca.

Pues bien; de la norma en comentario se extrae que, la cláusula de exclusividad no debe ser pactada en los contratos de colocadores de apuestas independientes. Empero, ello no significa ni dicho precepto legal lo dispone, que el contrato de ese agente colocador no será laboral por el sólo hecho de no tener pactado la referida cláusula. No. Lo que esa cláusula descarta es el contrato mercantil, más la ausencia de la misma no desvirtúa el contrato de trabajo del colocador de apuestas permanentes, si éste realiza su actividad bajo la dependencia o subordinación de la empresa concesionaria, siendo un hecho fundamentalmente indicante de esa dependencia, si la actividad no la realiza con sus propios medios.

En cuanto a que, la sola ausencia de cláusula de exclusividad no desvirtúa el carácter laboral del contrato, el jurista Sandro José Jácome Sánchez ha señalado:

“¿Los contratos de trabajo con agentes independientes siempre requieren de pacto de exclusividad?”

El artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe para la relación contractual con el agente independiente pactar cláusulas de exclusividad que le impidan contratar con varias compañías dedicadas a este ramo. Lo cual no quiere decir que para que exista una relación con el agente dependiente debe existir un compromiso de exclusividad, ya que dicho compromiso debe nacer del concurso de voluntad de las partes, como **tampoco se puede inferir que frente a la ausencia del compromiso de la cláusula de exclusividad se deslegitime la relación laboral contractual**, teniendo en cuenta que es válido que un trabajador suscriba contratos de trabajo con dos o más empleadores conforme lo señala el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...).

(...) los colocadores de apuestas permanentes (...) la ley laboral los clasificó de la misma manera que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, y bajo las mismas consideraciones que estos”¹. Se destaca.

A su turno, el jurista Fabián Ignacio Hernández Henríquez, ha expresado:

“(...) y decir que el hecho de la exclusividad implicaría contrato mercantil, tampoco es un elemento que determine la existencia o no de un contrato de trabajo, pues un empleado puede no tener la mencionada cláusula y, aun así, ser trabajador dependiente laboral de un empleador”².

Y, en lo atinente a que, la actora necesariamente debió realizar la actividad contratada de colocadora de apuestas, con equipos o medios de la empresa, porque la debe ejecutar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), cabe señalar que, aun aceptando esta afirmación, es decir, dando por sentado que el referido software no pueda ser instalado en computadores propios del agente colocador y realizar de esa forma su actividad en línea con sus propios equipos, como sí es posible en los casos de otros agentes colocadores, por ejemplo, los de SOAT, tal hecho, de ser cierto, no tiene la fuerza de modificar la legislación laboral, para concluir que, entonces, el colocador de apuestas no será dependiente así utilice los medios o equipos de su contratante.

Con otras palabras: aun aceptando que, por virtud del contrato de concesión que tiene celebrado RED SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. con el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, o incluso por virtud de normas administrativas o reglamentarias y hasta legales, deban los colocadores de apuestas contratados por aquélla, utilizar los locales, medios y equipos de su contratante, no deja de ser esto un hecho fundamentalmente indicante de una relación dependiente o laboral, pues la norma laboral que así lo establece (CST, art. 93A), no está derogada, además que ello es un hecho, aunque no esencial, sí connatural del trabajo dependiente.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia **T-761 de 2004** discurrió:

Así las cosas, es claro que la actividad que efectúa el actor de la presente acción se puede ejercer bajo dos modalidades: i) la de colocador de apuestas permanentes dependiente; y ii) la de colocador de apuestas independiente.

¹ JÁCOME SÁNCHEZ, Sandro José y otros. “Compendio teórico práctico de derecho del trabajo”. Colegio de abogados del trabajo de Colombia, Primera Edición 2013, Legis, págs. 321 a 322.

² HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Fabián Ignacio y otros. “Derecho Individual del Trabajo”. Primera Edición, 2019, Universidad del Rosario, p.451.

Ahora bien, **esta última modalidad**, que es la que, según el actor mismo, es la que él desempeña, tal y como lo indica el artículo transcrito, **se caracteriza por el hecho de que la promoción de ventas se efectúa por los propios medios**". Se destaca.

Así que, la imperiosidad de emplear medios o equipos y locales de la empresa concesionaria, no es motivo para imponer el carácter independiente del agente colocador de apuesta, sino, por el contrario, debe ser mirado como un hecho sustancialmente indicante de su carácter dependiente, máxime cuando en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, la aparición de nuevas formas de organización de trabajo y de una nueva realidad productiva, de tal suerte que, para predicar la relación de trabajo, la nota de la dependencia no ha de exigirse de forma rígida, sino flexible, para lo cual resulta de suma importancia, más que una jornada laboral explícita, el hecho de si el trabajador ha sido realmente incorporado en la organización de trabajo del empresario que lo contrató, ejerciendo.

En efecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia **SL, 11 feb. 2003, rad. 19013**, ha señalado que: *«la existencia del convenio de trabajo, porque éste no desaparece cuando las actividades no se ejerzan en una jornada laboral explícita»*. Y, en el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia **STS 2924/2020, recurso 4746/2019**, discurrió:

"Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas

(...).

Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida,

a la esfera organicista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial”.

(...).

(...) no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso”.

Se suma a lo dicho el hecho que la demandante ejerció su actividad sin una organización empresarial propia, y, en contraste, sí estuvo integrada en la estructura organizativa de la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA, lo cual es un indicio de laboralidad previsto en el párrafo 13 de la recomendación sobre la relación de trabajo n° 198 de 2006 de la OIT, el que además ha sido acogido por la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL4479-2020**:

“a modo de doctrina autorizada, conviene recordar que de acuerdo con la Recomendación n.º 198 de la OIT, uno de los indicadores de la relación de trabajo es la *«integración del trabajador en la organización de la empresa»*”.

En conclusión, se impone declarar la existencia del contrato de trabajo, y, para llegar a este desenlace, no hubo necesidad de acudir a la declaración de la testigo de la parte demandante (MAYELI MESTRA MESTRA), quien, dicho sea de paso, fue una testigo imprecisa y la cual no tuvo una relación directa con los hechos objeto del presente debate.

VI.III. Extremos temporales en que se desarrolló la relación laboral.

En aras de verificar los extremos temporales en los cuales se desarrolló la relación laboral pretendida y que viene declarada por el Juez de primer grado, se hace necesario escudriñar dentro de las pruebas allegadas, a fin de dilucidar este ítem.

En primer lugar, y teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de alzada, del dicho de la testigo única traída por la parte demandante, no se logra deducir que la señora CLAUDIA YEPEZ, hubiera prestado sus servicios de manera continua desde mayo del año 1999 hasta el 28 de febrero de 2016 como se pretende, toda vez que en primer lugar la declarante no dio certeza alguna de las fechas en que se encontró vinculada la actora, afirmando que la veía solamente cuando necesitaba algún tipo de suministro y ella iba por el a la empresa, que además desconocía su horario y que es pensionada desde el año 2008, por lo que a partir de esa fecha solo se la encontraba, se saludaban y ella le comentaba como le

estaba yendo en su trabajo, por lo cual, es un testimonio que no da certeza alguna acerca de los extremos laborales que se solicitan.

Y de las documentales aportadas tenemos en primer lugar, CERTIFICADO EXPEDIDO POR POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., de fecha 18 de febrero de 2021, respecto del cual indica la recurrente, "debe predicarse la existencia de un vínculo con la demandada desde el 1 de abril del año 2000", sin embargo, este documento por sí solo, no es demostrativo de que efectivamente se desarrolló una prestación real del servicio por parte de la trabajadora, ya que bien podría tratarse de un error por parte de la entidad, y de tomarse por cierto habría que concluir entonces, la relación tuvo lugar solo hasta el año 2010, como allí mismo se indica.

De otra parte, se allegan certificados expedidos por la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. discriminados así:

-Certificado fechado 28 de mayo de 2011, expedido por el JEFE DE MERCADEO Y VENTAS, por medio del cual se indica, se desarrolló por parte de la actora un contrato mercantil con la empresa, **desde el 22 de septiembre de 2005 (FL. 14).**

-Certificado fechado 17 de enero de 2012, expedido por el JEFE DE MERCADEO Y VENTAS, en el cual se indica, la relación comenzó a partir del día **24 de marzo de 2006 (FL. 15).**

-Certificado expedido por el JEFE DE MERCADEO Y VENTAS, de fecha 23 de enero de 2013, el cual informa, el contrato se desarrolló desde el **22 de septiembre de 2005 (FL. 16).**

-Certificado expedido por el DIRECTOR COMERCIAL, en fecha 10 de agosto de 2013, indicando que la señora PATRICIA YEPEZ, comenzó a laborar en la empresa con un contrato mercantil desde el **11 de julio de 2007 (FL. 17).**

-Certificado del 14 de enero de 2014, expedido por el DIRECTOR COMERCIAL, constando que el contrato comenzó el **11 de julio de 2007 (FL. 18).**

-Certificado del 3 de julio de 2014, del DIRECTOR COMERCIAL, el cual informa, la señora CLAUDIA YEPEZ, desarrolló en la empresa un contrato mercantil desde el **22 de septiembre de 2005 (FL. 19).**

-Certificado fechado 7 de marzo de 2015, firmado por el DIRECTOR COMERCIAL, INDICANDO que CLAUDIA YEPEZ, desarrolló en la empresa un contrato mercantil desde el **21 de septiembre de 2005 (FL. 20).**

-Certificado del 14 de agosto de 2015, expedido por el DIRECTOR COMERCIAL, indicándose la labor desarrollada desde el **11 de julio de 2007 (FL 21)**

De lo anterior se colige, la fecha que se demostró como inicial, de acuerdo con los certificados expedidos por la demandada empresa, será desde el 21 de septiembre de 2005 por ser la data más antigua acreditada, y no desde el 22 de agosto de 2005, como desacertadamente lo declaró el Juzgador de primer grado, ya que, contrariando su dicho, no existe documental alguno en la que se constate esta afirmación.

Y en lo que respecta al extremo final de la relación deprecada, debe tenerse en cuenta que alega la recurrente, no puede entenderse que finalizó el 22 de febrero del año 2016, como lo aduce la demandada a través de la contestación de la demanda, ya que, según su criterio, se estaría considerando como cierto e irrefutable lo expresado en ella, siendo que la empresa RECORD S.A. no demostró el porqué de sus argumentos, lo que sí consideró el a-quo para declarar dicho extremo.

Y en virtud de esta afirmación, se considera que efectivamente, partiendo del hecho de que las partes no pueden fabricar su propia prueba, mal podrían considerarse como ciertas, las afirmaciones realizadas en dicha contestación.

Sin embargo, a sabiendas que la carga de la prueba está en cabeza de la parte demandante, y esta no aportó ningún medio probatorio que pueda dar certeza acerca del día en que finalizó el vínculo, o si tal como lo pretende se extendió hasta el 28 de febrero de 2016, es oportuno recordar que se ha mantenido el criterio que cuando de las pruebas traídas a juicio se pueda establecer un término racionalmente aproximado durante el cual la persona hubiera laborado, es deber del juzgador desentrañar de estos elementos los hechos que permitan otorgarle al trabajador la protección que las leyes sociales le brindan, es decir, que cuando no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado y, respecto de la fecha de finalización, se tendrá el primer día y mes del año en que esté demostrado el desarrollo de la actividad. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580, en la que se sostuvo:

Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

"Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan".

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000".

Acorde con lo anterior, como es deber del juzgador extraer de todos los elementos las fechas de iniciación y terminación del vínculo laboral, en el presente caso, dado que concuerdan las partes en que la terminación de la relación que sostuvieron, lo fue en el mes de febrero de 2016, no existiendo otra prueba que logre dar fe de un día exacto, **se entenderá como extremo final el día 1 de febrero de 2016.**

En conclusión, se procederá a declarar la relación laboral de la señora CLAUDIA PATRICIA YEPEZ JIMENEZ y APUESTAS DE CÓRDOBA S.A. desde el 21 de septiembre del año 2005 hasta el 1 de febrero de 2016.

VI.IV. Excepción de prescripción

Acorde con los argumentos traídos por la recurrente apoderada de la parte demandante, tendientes a sugerir que no podría salir avante la excepción de prescripción propuesta por la empresa, toda vez que la misma no fue sustentada ni demostrada en debida forma, debe señalarse lo dispuesto en la norma para tal fin, esto es, el artículo 2513 del Código civil y el art. 282 del CGP, así:

"ARTÍCULO 2513. Necesidad de alegar la prescripción. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.

<Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra

persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella.

ARTÍCULO 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda (...).

De lo anterior se colige, efectivamente se alegó la excepción en referencia, indicándose también la regla general, dispuesta en el art. 488 del C.P.T.S.S., donde se indica: *las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el código procesal de trabajo o en el presente estatuto, por tanto se considera, bien fundamentada.*

En conclusión, la relación de trabajo finalizó el 1 de febrero de 2016, por tanto se configuraba el fenómeno de la prescripción el 1 de febrero de 2019, es decir, contaba la actora con tres años para interrumpirla, sin embargo, se instauró la presente demanda ordinaria laboral el 26 de febrero de 2019, por consiguiente, se encuentra estructurada la excepción frente a los derechos laborales reclamados, excepto los aportes al pago de la seguridad social en pensiones que ya se encuentran ordenados por el Juez de primera instancia, en diferentes extremos temporales, por tanto, se procederán a ordenar en las fechas establecidas por este juzgador.

VI.V Aclaración final

Con esta decisión, los integrantes de esta Sala rectifican cualquier postura conceptual sostenida en decisiones anteriores, que sean distintas a las aquí vertidas. De otra parte, cada proceso judicial responde a sus particulares realidades probatorias, y, por tanto, es dable ocurrir que procesos con analogías temáticas o conceptuales, culminen con decisiones distintas, en atención al contenido singular de sus respectivas pruebas.

VI.VI Costas

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que prosperó parcialmente el recurso de apelación impetrado por el demandado y por ende se estiman no causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

VII.DECISIÓN

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

administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

VIII.FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, en el sentido de DECLARAR que entre la señora Claudia Patricia Yépez Jiménez y la sociedad Red de Servicios de Córdoba S.A existió un contrato de trabajo, en donde la primera fungió como trabajador y el segundo como su empleador; contrato que se dio entre los extremos señalados entre el día veintiuno (21) de septiembre del año dos mil cinco (2005) hasta el primero (1) de febrero de dos mil dieciséis(2016), tal como se dijo en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida, en el sentido de Condenar a la demandada Red De Servicios De Córdoba S. A. a que pague al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la señora Claudia Patricia Yépez Jiménez, consigne lo que corresponde al pago de seguridad social en pensiones para la data que va del veintiuno (21) de septiembre del año dos mil cinco (2005) hasta el primero (1) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

TERCERO: Confirmar en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: En su oportunidad, devolver el proceso a su Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Expediente N° 23-001-31-05-005-2019-00027-01 folio 54-21

Montería, nueve (9) de noviembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver por escrito el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **RENE LEONARDO GARRIDO EMERY** contra **EVELIO NUMIL BUSTAMANTE VELASQUEZ**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare la existencia de un contrato a término indefinido desde el día 01 de octubre de 2015 hasta el 30 de diciembre de 2018; el cual fue terminado sin justa causa, y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, dotaciones, vacaciones, horas extras, sanción por no pago oportuno de cesantías, indemnización por despido

injusto, la contemplada en el artículo 65 del CST, indexación y condena en costas a la parte demandada.

I.II Hechos

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

- Afirma el actor que laboró a través de contrato de trabajo verbal en el establecimiento de comercio COMERCIALIZADORA Y COMIDAS RAPIDAS DONDE EL FLACO.
- Manifiesta que la relación laboral tuvo una duración de 3 años, 2 meses y 15 días, desde el 01 de octubre de 2015 hasta el 30 de diciembre de 2018.
- Arguye el demandante que recibía como remuneración, la suma de cincuenta mil pesos diarios.
- Indica el actor que la labor desempeñada fue la de preparador de perros calientes, suizos y hamburguesas.
- Alega el demandante que prestó sus servicios de manera personal, en forma subordinada, continua e ininterrumpidamente, durante el tiempo que perduró la relación laboral.
- Afirma el actor que durante la vigencia del contrato laboral no le realizaron cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COMERCIALIZADORA Y COMIDAS RAPIDAS DONDE EL FLACO: Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por el curador Ad-litem del demandado, quien respecto de los hechos manifestó que no le constan, en cuanto a las pretensiones indicó oponerse a todas y cada una de ellas, ya que carecen de fundamento probatorio.

En su defensa formuló las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, genérica o innominada”.

II. SENTENCIA CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 15 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, resolvió absolver al demandado de todos y cada uno de los reclamos realizados, en consecuencia, condenó en costas al demandante.

En síntesis, el señor Juez de Primera Instancia indicó que la parte demandante incumplió con la carga de la prueba, pues no aportó prueba sumaria que acreditara la relación laboral pretendida, existiendo una orfandad probatoria, lo que lleva al despacho que el fallo sea absolutorio por falta de prueba, reitera que se incumplió con la carga de la prueba y demostró una total apatía e indiferencia frente a este proceso la parte demandante quien a sabiendas de que estaba programada la audiencia mostró un total desinterés.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

IV. CONSIDERACIONES

IV.I.- En pro de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala iniciará el estudio de la presente litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, y por ende la Sentencia será de mérito, ya que no se evidencian irregularidades que obliguen a la Sala a proferir fallo inhibitorio.

IV.II.- PROBLEMA JURÍDICO

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si se acreditó la existencia de una relación laboral entre las partes, verificando

si se probaron los extremos temporales de la misma, de ser así, establecer si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados.

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

Ahora, frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. CSJ SCL ha sido pacífica al manifestar que al trabajador (demandante) solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones **(ver en este sentido sentencias de 25 de octubre de 2011, radicado 37547; SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras).**

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, sin embargo, se evidencia que en el caso bajo estudio no existe material probatorio, teniendo en cuenta que el demandante no aportó prueba documental, adicional a ello, en el plenario no se practicaron pruebas testimoniales.

Así las cosas, al no existir prueba alguna que permita inferir que el demandante hubiese prestado el servicio de manera personal, continua, bajo subordinación a la parte demandada, no se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral alegada.

Ahora bien, el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicado por remisión normativa que trata el artículo 145 del CPT y S.S, establece la necesidad de la prueba, dice: "***Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho***".

Asimismo, el artículo 167 del C.G.P, hace referencia a la carga de la prueba, establece: "***Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen***". De acuerdo a lo anterior, se tiene que al interesado le corresponde demostrar los hechos en que funda su acción. Para el caso en concreto no se observa ningún elemento probatorio que permita determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, pues del acervo probatorio no vislumbra documento alguno para la demostración de una verdadera relación laboral.

Siendo entonces importante resaltar que la parte demandante, no cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de hecho que pretende argüir, es decir, no logró sostener la tesis alegada; concluyendo que no se evidencia «**la existencia de un contrato de trabajo, en la medida que no se dan los tres elementos previstos por el artículo 23 del C.S.T.**»; Por tanto, se confirmará el fallo de primera instancia.

IV.III. COSTAS

No se impondrán costas por estar surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen, fecha y contenido reseñada en el preámbulo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no encontrarse causadas

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado