

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

Expediente 23 001 31 05 001 2018-00376-01 Folio 402-20

Aprobado por Acta N. 30

Montería, ocho (08) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación instado por Norma Lucia Pitalúa Martínez contra la sentencia dictada el 03 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso Ordinario Laboral, promovido por la recurrente contra Gestión Integral IPS., Ltda., Jairo Efrén Nieves León y Fernando Brandan Troncoso.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El petitum y la causa petendi

1.1. Norma Lucia Pitalúa Martínez, inició juicio laboral en contra de Gestión Integral IPS., Ltda., Jairo Efrén Nieves León y Fernando Brandan Troncoso, con el objeto de que se declarara que, entre ella y la sociedad demandada, existió un contrato de trabajo que discurrió desde el 16 de noviembre de 2017 hasta el 12 de octubre de 2018, cuando lo terminó de forma unilateral con justa causa atribuible al empleador.

Asimismo, pide se declare que Jairo Efrén Nieves León y Fernando Brandan Troncoso, son responsables solidariamente de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo celebrado entre ella y la sociedad de la cual son socios, esto en los términos del artículo 36 del CST.

En consecuencia, pide se condene solidariamente a los demandados al pago de la *"indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del trabajador (sic)"*; *"horas extras diurnas"*; *"horas nocturnas"*; *"horas extras diurnas"*; *"horas extras nocturnas"*; *"dominicales y días festivos"*; *"auxilio de cesantías"*; *"intereses de las cesantías"*; *"prima de servicios"*; *"vacaciones legales"*; *"la indemnización por falta de pago o indemnización moratoria"*; *"las cotizaciones obligatorias a pensión"* así como al pago de costas y agencias en derecho. [fls. 1 a 26 exp.].

1.2. Como fundamento de sus peticiones, relató que el 16 de noviembre de 2017, celebró contrato de trabajo verbal con Gestión Integral IPS., Ltda., *"con la finalidad de cumplir la función de enfermería domiciliaria"*, que, durante el marco de la relación de trabajo, su labor consistió en *"atender las dolencias y necesidades básicas del señor Naún Alvarado Cardozo, quien es un paciente afiliado a Comfacor EPS., la cual conformaba una red de servicios con la aquí demandada"*, paciente que *"requería atención las 24 horas del día a causa de su enfermedad"* por lo que, por órdenes de su empleadora, prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería en la vivienda de éste *"por turnos, tanto diurnos como nocturnos, con una duración de 12 horas, de tal forma que el turno diurno empezaba a las 7:00 am y culminaba a las 7:00 pm y el turno nocturno iniciaba a las 7:00 pm y terminaba a las 7:00 am"*.

Aduce que los turnos diurnos eran para los días domingo, lunes y martes, y los nocturnos para los miércoles y jueves, expone que el turno diurno tenía un valor de \$35.000 mientras que el nocturno era equivalente a \$40.000 que su salario era variable y estaba sujeto al número y clase de turnos que ejecutaba durante el mes.

Asegura que, la IPS., demandada no pagaba sus salarios en término, llegándose a acumular hasta cinco (5) asignaciones salariales, hecho que la obligó a *"renunciar verbalmente a su trabajo"* el 12 de octubre de 2018, ello ante *"su jefe inmediato, Liz Ramos, pues la situación económica se volvió insoportable"*.

Alega que en su salario no se incluían *"auxilio de transporte, horas extras, recargos nocturnos o el recargo por trabajar en los días domingos y festivos"*, que no se le pagaron las prestaciones sociales durante el desarrollo de la relación laboral, ni al término de las mismas, y que a la fecha le adeudan los salarios para los meses de junio, julio, agosto, septiembre y los 12 días del mes de octubre, y que no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones.

2. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.1. El representante judicial de la sociedad Gestión Integral IPS., Ltda., con el objeto de resistir las pretensiones incoadas por la demandante, negó la existencia de un vínculo laboral entre ésta y su prohijada alegando que lo que en verdad existió fue un contrato de prestación de servicios para que ésta prestara sus servicios personales como auxiliar de enfermería en el domicilio del usuario indicado por ésta, que era cierto que éste requería atención 24 horas, así como la distribución de turno y lo pagado por el diurno y nocturno, que no era cierto que la demandante devengara un salario ya que la remuneración recibida por sus servicios correspondía a sus honorarios profesionales, que el pago de los mismos se hacía en *"la medida en que ingresaban recursos a la entidad"*

En consecuencia, presentó, los medios exceptivos de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* *"inexistencia de los tres elementos que configuran la relación laboral"* *"buena fe"* *"inexistencia de la obligación a cargo de mi representado"* [fls. 71 a 75 ib.].

2.2. El curado ad litem, asignado a los señores Jairo Efrén Nieves León y Fernando Badran Troncoso, en su oportunidad indicó no constarle los hechos invocados en la demanda, ateniéndose a aquello probado al interior del proceso, por último, no propuso excepciones *"porque hasta este momento procesal no conozco los motivos"*

o hechos que podrían constituir una oposición a las pretensiones de la demanda” [fls.111 y 112 ídem].

II. SENTENCIA APELADA

1. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, concluyó el trámite y dictó fallo el 03 de diciembre de 2020, en el que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante NORMA LUCIA PITALUA MARTINEZ y la entidad demandada GESTION INTEGRAL IPS LTDA, existió un contrato de trabajo verbal y a término indefinido, desde el 16 de noviembre de 2017 hasta el 12 de octubre de 2018, todo conforme a las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar solidariamente responsables a los demandados JAIRO EFREN NIEVES LEON y FERNANDO BADRAN TRONCOSO del pago de todas las condenas reconocidas en esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia del anterior pronunciamiento, se CONDENAN a GESTION INTEGRAL IPS LTDA y solidariamente a los demandados JAIRO EFREN NIEVES LEON y FERNANDO BADRAN TRONCOSO, a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- *Horas extras diurnas: \$480.625*
- *Horas extras nocturnas: \$1.057.500*
- *Recargo nocturno: \$887.000*
- *Dominicales y festivos: \$196.875*
- *Cesantías: \$1.202.629*
- *Intereses Cesantías: \$103.257*
- *Primas de servicios: \$1.202.629*
- *Vacaciones compensadas: \$570.273,31*
- *Indemnización por despido injusto: \$781.242*

CUARTO: Condenar a la parte demandada GESTION INTEGRAL IPS LTDA y solidariamente a los demandados JAIRO EFREN NIEVES LEON y FERNANDO BADRAN TRONCOSO, a pagar a la demandante los conceptos antes indicados debidamente indexados, desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la obligación; para ello se debe utilizar la fórmula $V_r = V_h \times IPC_{final} / IPC_{inicial}$.

QUINTO: Absolver a los demandados de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Costas, a cargo de la parte demandada GESTION INTEGRAL IPS LTDA EN LIQUIDACION y solidariamente a cargo de los demandados JAIRO EFREN NIEVES LEON y FERNANDO BADRAN TRONCOSO, en favor de la parte actora; fíjese como agencias en derecho el equivalente a un SMMLV, es decir, \$877.803, suma que deberán pagar solidariamente los demandados."

2. En lo que interesa al remedio de apelación, se tiene que el fallador de primer nivel estableció la existencia del contrato de trabajo de conformidad con la presunción establecida en el canon 24 del CST., la cual indicó, pasó indemne ante el análisis probatorio como quiera que no se aportaron pruebas al dossier que enervaran dicha ventaja probatoria. En cuanto a la indemnización moratoria consagrada en la regla 65 *ibidem*, el administrador de justicia empezó por indicar,

"Que como han dicho los operadores jurídicos, la Sala Laboral ha aceptado la tesis, que tiene muy buena acogida porque es sensata en el sentido de que esta aplicación de esta sanción no debe ser de carácter, es decir, no debe ser automática, por lo que, se debe estudiar razones objetivas o jurídicas que hayan impedido al empleador el pagar las

prestaciones sociales y pagar los salarios, de entre otras cosas, citamos la SL11436 del 2016 (...), bien, he de indicarles lo siguiente, el Tribunal Superior de Justicia Sala Civil Familia Laboral de Montería, ha establecido lo siguiente, en la sentencia emitida el 19 de mayo del presente año, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor Oscar Antonio Navarro Contra Libre, folio 116, radicado 2015-048, Sala Tercera Civil, con ponencia del doctor Carmelo Ruiz, trayendo a colación una sentencia anterior, se dijo lo siguiente:

"con esta sanción, [estamos hablando de la del artículo 65] ha tenido esta corporación la oportunidad de pronunciarse, en lo que, interesa al caso en concreto, la Sala Primera con Ponencia del doctor Marco Tulio Borjas Parada en providencia del 23 de febrero del 2016, folio 121, radicado 2010-00149, señaló lo siguiente:

"esta indemnización o sanción no es de aplicación automática, por esto, que no basta con mirar al empleador en la contestación de la demanda la relación laboral para que este sea liberado de ésta como tampoco es suficiente que el juez declare la existencia del contrato de laboral para exigir la sanción en comentario siempre debe valorarse el caso en concreto a fin de observar si existen razones atendibles de la que se pueda inferir la buena o mala fe de la parte empleadora en el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, empero, en un análisis de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sobre esta temática sigue ese precedente este Tribunal deriva en las siguientes subreglas jurisprudenciales, [bueno sobre esto hay discusiones, pues muchos consideran que el Tribunal no puede establecer subreglas, sin embargo esta la interpretación que le da la misma providencia a la norma] en principio esto es, que como norma general la sanción moratoria sub examine, se impone cuando la existencia de la relación laboral, tuvo como fundamento [óigase bien], pruebas evidentes del elemento de la subordinación habida cuenta que estas mismas sirven de apoyo para descartar la creencia razonable del empleador de la inexistencia del vínculo laboral, contrario sensu, si la a declaración judicial de la relación laboral se llega no por la existencia fehaciente de la prueba del elemento de la subordinación, sino con apego en la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, derivada de estas pruebas apenas de la prestación de la actividad personal lo que impone es absolver a la parte empleadora de la sanción susodicha, pues, en principio no hay elementos para descartar su buena fe" acogiendo el criterio adoptado por la Sala Primera como quiera que la declaración de existencia del contrato de trabajo se apoyó en la presunción del artículo 24".

Con acogimiento de lo anterior, expuso que en la medida de que la relación laboral fue declarada con auxilio de la presunción legal establecida por el legislador en favor del trabajador, como quiera que las demás probanzas, testimoniales o documental no permiten establecer el elemento de la subordinación, la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales al término de la relación laboral, no estaba llamada a prosperar.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Inconforme con el veredicto que antecede, el apoderado judicial de la parte activa de la Litis, propuso recurso de apelación, conforme a los siguientes criterios,

*"Solamente para manifestarle que interpongo recurso de apelación contra el fallo dictado por usted, **en lo relativo al no pago de salarios moratorios**, toda vez, que dentro del expediente aparece prueba suficiente, **documental, idónea y eficaz del comportamiento desobligante de la parte demandada, de mala fe, el no pago de salarios moratorios, no pago de los derechos de la trabajadora durante toda la relación laboral e incluso eso fue motivo para ella presentar la renuncia del cargo**, entonces mientras en el expediente aparece, una serie de documentos, nuevamente, insisto, idóneos y eficaces, esto se puede ver de **la acción***

de tutela que se aportó, toda la documentación aportada donde es factible, es posible, mirar que esta empresa no actuó de buena fe, para con la relación a los derechos de la trabajadora, al desconocer el pago oportuno de las prestaciones sociales, no pagó las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, no afilió, todo eso, son actos de mala fe, y fíjese que existe un certificado por el señor Representante Legal donde hace constancia que ella tenía un contrato de trabajo, tal como se estableció por parte suya, y que aparece en el expediente, por lo tanto, considero señor juez, que no es de buen recibo, para esta parte demandante lo indicado por usted y respaldado en un presunta sentencia del Tribunal Superior, en cuanto si se presume no hay contrato de trabajo, porque aquí las pruebas hablan por sí solas de que efectivamente ésta es una empresa que siempre actuó de mala fe y por lo tanto es posible y procedente sancionarla con salarios moratorios tal como se pidió en el numeral 26 de las pretensiones.”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Concedida la oportunidad para alegar de conclusión, sólo el togado de la recurrente presentó escrito en el cual reiteraba los fundamentos insertados en su apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. En el sub- examine, se reúnen los llamados presupuestos procesales, toda vez que la relación procesal está debidamente conformada por quienes tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe competencia para conocerlo, asimismo, no se evidencia causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, por lo que corresponde desatar de fondo el recurso de apelación.

2. La Sala para solventar la alzada formulada contra la mentada sentencia, lo hará teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 65A del CPTSS., es decir, se limitará a los argumentos debidamente sustentados al momento de blandir la apelación.

3. PROBLEMA JURÍDICO

3.1. Así pues, de conformidad con los reparos de apelación, se tiene que el problema iuris, a desatar en esta superioridad, consiste en determinar si erró el fallador de primer grado, al no imponer condena por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el canon 65 del CST., de ser afirmativo dicho juicio, establecer la cuantía de la misma.

4. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 65 DEL CST.

4.1. La acusación a desatar en esta oportunidad, propone un error en cabeza del juez de conocimiento, quien, según el representante judicial recurrente, al momento de resolver sobre la indemnización moratoria consagrada en el canon 65 del CST., dejó de lado la prueba documental incorporada al proceso, la cual, asegura, tenía el mérito probatorio, no sólo de demostrar la conducta desobligante y de mala fe desplegada por la sociedad demandada para con los derechos laborales de su prohijada durante el marco de la relación del trabajo declarada en primera instancia, sino que además, nulificaba el influjo de la postura que se dice asumida por esta

Superioridad, en lo pertinente a la improcedencia de la susodicha sanción cuando la declaración del vínculo laboral deviene de la presunción consagrada en el canon 24 del CST., pues según el togado, los instrumentos del proceso tienen y, así debió indicarse, la potencialidad de probar por sí mismos, la existencia del contrato de trabajo.

4.2. De cara a lo anterior, es imperativo, ante todo, señalar que, la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia **SL1771-2021, de may. 12, rad. 81466, MP. Jimena Isabel Godoy Fajardo**, ha indicado que,

"(...) la imposición de esta sanción, que conforme a la ley procede cuando el empleador incumple su obligación de pagar salarios y prestaciones sociales al término del vínculo laboral o lo hace de manera deficitaria, la Corte ha enseñado que no opera de manera automática ni axiomática, sino que debe estar precedida de la indagación de la conducta y razones aducidas por el deudor".[se resalta].

Ahora bien, le asiste razón al A Quo cuando exteriorizó que la Sala Civil Familia Laboral de este Tribunal Superior de Justicia, ha pregonado pacíficamente la aplicación de una subregla jurisprudencial, derivada del análisis global de la jurisprudencia emitida por la Alta Corporación antes citada, donde se tiene por improcedente el imponer condena, entre otros, por el rubro señalado, cuando el vínculo laboral sea declarado exclusivamente sobre la ventaja probatoria que la legislación laboral – art. 24 CST., - reconoce en favor del trabajador, ello, como quiera que, la ausencia de probanzas que acrediten el elemento distintivo del contrato de trabajo, es decir, la subordinación, implica la ausencia de prueba de la mala fe imputada al empleador, así se ha dicho de forma reciente en decisión del **14 de mayo de 2021, rad. 2017-00353, fl. 060, MP. Dra. Karem Stella Vergara López**, de la cual vale hacer cita de lo siguiente,

"Asimismo, esta Sala 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 parte 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, la Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹**, 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".*

*Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767²**, 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***

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

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

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:

"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 la Corte:

"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 así, 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**). Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019 y STL, 13 may. 2020, rad. 59396.**"

4.3. Descendiendo al caso concreto, tenemos que como se historió en su oportunidad, el sentenciador, reconoció la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante, Norma Lucia Pitalúa Martínez y la demandada, Gestión Integral Ltda., amparado en la presunción legal ya varias veces referida, pues según, éste, la prueba testimonial vertida al proceso por Cecilia Del Carmen Llamas Zúñiga y Eduardo Enrique Chávez Martínez, apenas y es suficiente para sentar el elemento de la prestación personal del servicio, lo cual dicho sea de paso, no fue materia de reparo.

4.3.1. Con relación a la prueba documental que se acusa de indebidamente valorada, esto es, el certificado expedido y suscrito por el representante legal de la sociedad demandada [fl. 47 ib.], donde se dice, "**Que la señora NORMA PITALUA MARTÍNEZ, identificada con la cedula de ciudadanía N° 50.917.649 expedida en Montería – Córdoba, laboró en nuestra institución desempeñándose en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERIA, A partir del 16 de noviembre de 2017 hasta el día 12 de octubre de 2018.**" [negritas originales], el fallador indicó, que si bien puede probarse del mismo la prestación personal por cuenta de la accionante a la demandada como auxiliar de enfermería durante los interregnos indicados, dicho certificado, no clarifica la existencia y reconocimiento expreso del contrato de trabajo. Inteligencia que esta Sala comparte, toda vez, que la probanza *sub examine*, contrario a lo indicado por la recurrente, no comporta un reconocimiento expreso sobre la naturaleza del vínculo, en otras palabras, dicho certificado no decanta por sí mismo la existencia de un contrato de trabajo.

Y es que, examinadas las demás probanzas como son los comprobantes de egresos aportados con la demanda y expedidos por la demandada, las cuentas de cobro presentadas por la accionante [fl. 35 a 46 ídem.], así como el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Montería, el 27 de noviembre de 2018 [fl. 32 a 34 ídem], no puede reeditarse la aceptación del contrato de trabajo como lo aduce el abogado de la recurrente, máxime, si al momento de contestar la acción constitucional el representante legal de la sociedad convocada, indicó que *"era cierto que la señora NORMA LUCIA PITALUA prestó servicios en calidad de auxiliar de enfermería para usuarios de la IPS., Gestión Integral y es cierto que se le adeudan los honorarios causados durante los meses de julio a octubre de 2018"* [fl. 30 y 31 ídem.].

4.3.2. No escapa a la Judicatura que el togado de la demandante al momento de alegar de conclusión, expuso que la sociedad enjuiciada tenía el convencimiento de que la relación contractual que la unía con la demandante era de estirpe laboral, pues así se puede extraer de la confesión contenida en la contestación de la demanda, cuando la convocada al momento de dar respuesta al hecho 9º de libelo incoaticio, donde se dice por la demandante que *"Para el día 12 de octubre de 2018, la I. P. S., le adeudaba más de cinco (5) meses de salarios a su trabajadora, es decir, desde el mes de junio."* indicó que era cierto.

Y si bien ello es así, no es menos cierto que la enjuiciada al dar respuesta al fundamento fáctico de la acción, fue tajante en señalar que *"la empresa no suscribió contrato de trabajo, la empresa contrató la prestación de servicios personales independientes"*, que no era cierto que la demandante percibiere salario, pues ésta *"devengaba honorarios por evento realizado a las tarifas establecidas en el hecho quinto"*, en consecuencia, como quiera que la confesión para ser tenida como tal debe ser indivisible, no puede asignarle la Sala a la contestación del hecho 9º el peso suasivo que pretende el litigante recurrente.

Al particular la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL2578-2019, de jul. 10, rad. 72987, MP. Dr. Jorge Prada Sánchez**, esbozó:

"Finalmente, si lo que pretendía la censura era fraccionar los dichos de Tejicondor S.A., en cuanto aceptó abstenerse de iniciar la etapa de arreglo directo, cabe advertir que no le es dable al recurrente tomar ciertos apartes de la contestación en su beneficio, toda vez que dicha práctica contraría lo reiterado por esta Corporación, en el sentido de que la confesión debe ser clara, expresa e indivisible, lo cual no ocurre en el caso de marras (CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 43873)."[Se resalta].

5. Con el peso de lo anterior, el cargo de apelación esgrimido por cuenta de la inicialista, naufraga, puesto que no erró el fallador de primer nivel al negar la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

VI. DECISIÓN

Por colofón debe la Sala señalar que no le queda otro camino que el de confirmar la sentencia confutada, sin imposición de costas en esta instancia, como quiera que no existió replica por cuenta del extremo no recurrente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA 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 dictada el 03 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral, promovido por Norma Lucia Pitalúa Martínez contra Gestión Integral IPS., Ltda., Jairo Efrén Nieves León y Fernando Brandan Troncoso, conforme lo dicho *ut supra*.

SEGUNDO. Sin consta en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO. En su oportunidad regrésese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado


MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA – LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente**

Expediente 23 001 31 05 001 2019-00286-01 Folio 406-20

Aprobado por Acta N. 30

Montería, ocho (08) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación instado por Federico Pacheco Ramírez contra la sentencia dictada el 07 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral, promovido por el recurrente contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- S.A.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El petitum y la causa petendi

1.1. Federico Pacheco Ramírez, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A., con el objeto de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez por enfermedad común desde el 31 de mayo de 2017, fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, se condene al pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios sobre las mismas, lo probado ultra y extra petita y, las costas y agencias en derecho a cargo de la demandada. [fls. 1 a 4 exp.].

1.2. Como fundamento de sus peticiones, relató que, siendo afiliado activo a Colpensiones S.A., fue valorado por el Grupo Médico Laboral de dicha entidad, el cual le calificó mediante dictamen No. 2017223658W del 5 de julio de 2017, con una pérdida de la capacidad laboral del 71% con fecha de estructuración de la enfermedad de origen común del 31 de mayo de 2017.

Aduce que, a tal calenda, había cotizado un total de 874.43 semanas de las cuales cotizó 154.29 en los últimos tres (3) años, que el 9 de agosto de 2017, impetró reclamación administrativa ante el fondo de pensiones, la cual fue contestada de forma negativa mediante Resolución SUB299499 del 30 de diciembre

de 2017, decisión que al ser recurrida fue sostenida a través de Resolución SUB65988 del 9 de marzo de 2018.

Por último, indicó que desde el 17 de enero de 1985, goza de una pensión convencional reconocida por la Electrificadora de Córdoba S.A., hoy Electricaribe S.A., mediante Resolución 006 del 8 de abril de 1985.

2. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.1. En su oportunidad, la Administradora Colombiana de Pensiones, al pronunciarse sobre el libelo incoactivo aceptó como ciertos los hechos explicitados por el demandante, con la aclaración de no costarle que 154.29 de las semanas cotizadas hayan sido pagadas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la estructuración de la patología que afecta su capacidad laboral. En cuanto a las pretensiones indicó atenerse a lo probado en el proceso con excepción del pedimento de intereses moratorios y costas procesales a las cuales se opuso expresamente, en consecuencia, propuso las excepciones de "buena fe", "improcedencia de intereses moratorios", "prescripción" y, la "innominada o genérica" [fls. 39 a 45 ídem].

II. SENTENCIA APELADA

1. El Juzgado Primero Laboral del circuito de Montería, concluyó el trámite y dictó fallo el 07 de diciembre de 2020, en el que resolvió:

"PRIMERO: Declarar que el señor FEDERICO RAFAEL PACHECO RAMIREZ no le asiste el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES le reconozca y pague una pensión de invalidez, todo conforme lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, se absuélvase (Sic) de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Costas a cargo de la parte accionante y en favor de la parte accionada; fíjese como agencias en derecho el equivalente a 1/5 del salario mínimo legal mensual vigente, es decir, \$ 175.560,60"

2. Como sustento de lo anterior, empezó el A Quo por indicar que conforme a la prueba documental aportada al proceso, está demostrado que el actor sufre una PCL equivalente a un 71%, la cual tiene un origen común y fecha de estructuración del 31 de mayo de 2017, así mismo está acreditado que éste como afiliado a Colpensiones cuenta con 874.43 semanas de cotización; que laboró para Electrocordoba, hoy Electricaribe, desde el 16 de enero de 1965 hasta el 17 de enero de 1985, quien además le reconoció mediante Resolución No. 006 del 8 de abril de 1985, una pensión extralegal, así como el hecho de que mediante Resolución SUB299499 del 30 de diciembre de 2017, fue negada por parte de Colpensiones la pensión de invalidez reclamada por el impulsante.

Luego de lo anterior, indicó que las normas aplicables al asunto, son aquellas que eran vigentes al momento de la estructuración del riesgo, esto es, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, que en esa medida, "en efecto, podemos decir que cotizó hasta el año 2017, tiene cotizaciones desde el 2014, desde 1999, porque es la fecha que tengo aquí consignado, así haya sido afiliado en otra

fecha, desde el 99 al 2011, al 2014 perdón, bueno, tenemos que desde la fecha de estructuración de la invalidez que fue el 31 de mayo de 2017, 3 años anteriores, no cabe duda que aparecen aportes al sistema de seguridad social que superan las 50 semanas antes dichas, entonces, tratando de conjugar los requisitos que exige el artículo 38 y 39 podemos decir, en principio, que no queda duda que le asiste derecho a la pensión de invalidez a la parte actora, en principio, lo que daría pie para manifestarle a la parte demandante que no sería necesario aplicar la condición más beneficiosa porque el actor cumple con los requisitos establecidos en la norma, eso en principio”.

En ese orden de cosas, expuso que acudiendo a las resoluciones por las cuales Colpensiones se abstuvo de reconocer la dispensa pensional *sub judice*, el argumento de la negativa radicaba en el hecho de que no se contaba con la prueba que permitiera establecer si había compatibilidad o compartibilidad entre la pensión reconocida por Electrocordoba y la entonces pretendida. Que en tal discurrir, conforme con la prueba oficiosamente decretada se pudo determinar que la pensión reconocida al actor por su entonces empleador era de carácter convencional, conforme indica las certificaciones emitidas por Electrocordoba, y aportadas por Electricaribe, razón por la cual era necesario hacer el análisis sobre la compatibilidad y compartibilidad de las dispensas pensionales. Así las cosas, se remitió a lo consagrado en el canon 18 del Dcto. 2879 de 1985, para indicar, que conforme a dicha disposición las pensiones extralegales reconocidas antes del 17 de octubre de 1985, no tienen el carácter de compatible, interpretación que apoyó, además, en lo dicho por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL13190 del 2015.

Conforme a lo anterior, adujo que debido a que la pensión convencional que disfruta el actor le fue reconocida antes del 17 de octubre de 1985, no podía hablarse en el *sub examine* de compartibilidad de pensiones, siendo del caso, entonces, reconocer la pensión de invalidez al afiliado, como quiera que, además de lo anterior, cumple con todos los requisitos exigidos por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, para acceder a dicha dispensa pensional.

Sin embargo, no podía ser ello así, pues,

"(...) examinando el asunto puesto a disposición el despacho encuentra dos hechos que son muy importantes para este debate, uno, la fecha de reconocimiento de la pensión legal, dos, desde cuándo empezó a disfrutar la pensión el actor y si dejó de prestar sus servicios a la empresa, estos dos elementos son esenciales para definir el presente asunto, y le voy a exponer por lo siguiente, lo primero voy hacer esta referencia que la sentencia antes mencionada también la toca, pero que es importantísimo tocarla nuevamente, como primer punto de mi posición es la siguiente "la subrogación pensional en favor del empleador, y a cargo del Instituto de Seguros Sociales, tiene su génesis legal en los artículo 72 y 76 de la Ley 90 del 46, inicialmente extralegal dispuesta en el artículo 193, y, más específicamente el 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en desarrollo de ésta se expidió el acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3031 del 66, los artículos 60 y [inaudible], esta reguló la subrogación paulatina por el ISS., de la pensión de jubilación (...) esto es, de la pensión legal, en síntesis, hasta esa norma no contaba el ISS con una norma que le permitiera subrogar las extralegales, es decir, por mera liberalidad o fruto de la negociación colectiva," era lo que habíamos hablado anteriormente de las normas, entonces a partir del acuerdo 029 de 1985, que su artículo 5° dispuso que los empleadores inscritos al Seguro Social, que a partir de la vigencia de la norma, 17 de octubre de 1985, otorga a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación, reconocida por mera liberalidad o fruto de las negociaciones colectivas, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan con los requisitos exigidos por el ISS., en ese momento el

ISS., procederá a cubrir dicha pensión, entonces no queda duda que a partir de esa norma es donde se hace la posibilidad que las pensiones extralegales se le de la posibilidad al empleador de seguir cotizando para efectos que en el futuro se subrogue la obligación por el ISS., (...), segundo, hecha la anterior síntesis, (...) paso a decir lo siguiente, tiene entendido claramente el despacho, tiene claro el criterio jurídico, la norma jurídica al respecto, las obligaciones de cotizar, surgen a partir, o surgen, perdón, con la actividad como trabajador, es de carácter obligatorio, así lo dispone la norma, la Ley 100 de 1993, y las mismas normas que regulaban antes de la Ley 100 de 1993, los acuerdos antes mencionados, cito como fundamento la SL45819 del 2014, y que esa afiliación en permanente mientras dure la relación de trabajo.

Es decir, si finiquita la relación de trabajo o se pensiona la persona, hasta allí llega la afiliación del actor en temas de seguridad social, a ese [inaudible] SL361 del 2018 toca este tema. Bueno, hechas esas previsiones, el despacho encuentra en la SL9188 del año 2014, con ponencia del doctor Luis Gabriel Miranda Vuelvas, amén de traer los anteriores análisis sobre la compatibilidad y compartibilidad en este punto con fundamento en estas mismas normas que habla sobre el tema, hace énfasis en si son válidas o no son válidas los aportes hechos al Sistema de Seguridad Social, con posterioridad al reconocimiento pensional, la Corte en esta sentencia que arguye que la afiliación por sí mismas, ojo, no legitima a reclamar prestaciones del sistema de seguridad social que ha de considerarse previamente a la afiliación la actitud legal para poder disfrutar de los derechos que ofrece el sistema lo cual significa establecer si se está dentro del grupo de la población contingente de trabajadores, para los que la seguridad social ofrece la cobertura pensional esta es la posición en síntesis de la Corte, quiero ahora darle lectura de lo que ha dicho la Corte, (...) dice así,

"La discusión que plantea el cargo descansa sobre la piedra angular de la validez de las cotizaciones efectuadas a favor de quien no estaba comprendido dentro del grupo de personas que pudieran ser afiliadas al sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con la regulaciones que sobre el tema ha tenido el Instituto de Seguros Sociales desde el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de igual año hasta la vigencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y en particular para quien como el actor, los aportes al riesgo de IVM fueron hechos por la empresa y en condición de pensionado de ella por prestación que se le otorgó de manera voluntaria en agosto 13 de 1973, para cuando contaba 45 años de edad y más de veinte de servicios.

Si bien la afiliación al sistema de seguridad social se surte con la inscripción, no debe desatenderse su finalidad, cual es la de constituirla en fuente de derechos y obligaciones, de manera que, si no es posible acceder a estos, aquella carece de valor; esto es, la afiliación por sí misma no legitima el derecho a reclamar prestaciones de seguridad social; ha de considerarse previamente a la afiliación, la aptitud legal para poder disfrutar de los derechos que ofrece el sistema, lo cual significa, el de si se está dentro del grupo de la población o del contingente de trabajadores para los que la seguridad social ofrece la cobertura pensional."

En síntesis, lo que se quiere con esta sentencia es señalar lo siguiente (...) si el reconocimiento pensional, de carácter extralegal se hizo con anterioridad a la vigencia del acuerdo 224 de 1966, esta no es la norma, perdón, es la norma del 85 ya se la cito, el acuerdo 029 de 1985, aprobado por el decreto 2879 de 1985, que es la que termina o comienza a plantear en desarrollo de [inaudible] la subrogación, entonces, si esa pensión convencional se concedió con anterioridad con la fecha de vigencia de la norma antes señalada, es decir, el 17 de octubre de 1985, hay que llegar a la conclusión, como llegó la Corte en el asunto que trataba ahí, que no tenía soporte jurídico, la Electrificadora de Córdoba para seguir haciendo esos aportes en tema de seguridad social, ¿por qué?, porque en virtud del reconocimiento pensional antes de la vigencia de la norma lo lleva a descartar cualquier tipo de subrogación, de esa pensión de jubilación reconocida en su momento por el empleador, es precisamente hasta ese momento, que el tema de las pensiones extralegales no había sido tocado por la legislación (...) entonces, en síntesis, para este despacho estudiando el caso concreto esos aportes realizados a Colpensiones no son válidos para efectos de la prestación que hoy se reclama como es la pensión de invalidez,

por su propia naturaleza, (...) amén de que ya el actor no prestaba sus servicios desde 1985, lo cual quita cualquier tipo de validez a esos aportes."

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Inconforme con el veredicto antes referido, la abogada del inicialista, presentó recurso de apelación fundado en lo que sigue,

"(...) al señor FEDERICO RAFAEL PACHECO RAMIREZ le asiste el derecho a que le sea reconocida una pensión de invalidez teniendo en cuenta que cumple con las normas establecidas, ya que él tiene derecho a una pensión de invalidez por ser de origen común, teniendo en cuenta que cumple con los requisitos de ser invalido permanente o absoluto, también por haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, más de 150 semanas dentro de los últimos 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, en el caso que nos ocupa es cierto que el señor Federico Pacheco Ramírez, es pensionado por la empresa Electricaribe mediante resolución de fecha enero 17 de 1987, resolución número 006 de abril 8 de 1985, teniendo en cuenta esta resolución, tenemos que el señor Federico Pacheco, esta resolución, pues, lo hace merecedor del beneficio de la compatibilidad, así que, como quiera que él fue pensionado, antes del 17 de octubre de 1985, por disposición del Decreto 2879 de 1985 este tiene derecho a que le sea reconocida la pensión que hoy día se solicita, como es la pensión de invalidez, por otro lado, tenemos que en la resolución SUB299499 del 30 de diciembre de 2017, tenemos que el señor Federico Pacheco tiene aportes realizados, a partir de enero de 1991, por la empresa Electrocosta en Colpensiones, por otro lado, también tenemos que a la fecha el señor Federico Pacheco cuenta con más de 874 semanas de las cuales pues cotizó más de 150 en los últimos 3 años, cumpliendo así con el requisito señalado en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 del 2003.

En este orden de ideas considero señor juez al señor Federico Pacheco se le debe reconocer la pensión por invalidez, por otro lado se le debe aplicar a toda persona que haya cotizado más de 300 semanas antes del 1 de abril de 1994, fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar la condición más beneficiosa, en este caso, la Corte también dice, que por regla general el derecho a la pensión de invalidez debe ser definido con base en las normas vigentes al momento de que se estructuren dicha invalidez, no obstante, quien en el régimen pensional de prima media con prestación definida haya cumplido los requisitos en materia de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez es aquella para la que su concepción se requiere una mayor densidad de cotizaciones tiene derecho a la pensión de invalidez, así no haya cotizado en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez (...)"

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Concedido el espacio para alegar sólo el togado del fondo de pensiones atendió el llamado, guardando su contraparte silencio, ante la oportunidad.

De otro lado, sea oportuno aquí, tener a la abogada titulada e inscrita GLENIA MARÍA DE AVILA GÓMEZ, identificada con la CC N° 1037483240 y portadora de la T.P. N° 318.211 del CSJ; como apoderada sustituta de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. En el sub- examine, se reúnen los llamados presupuestos procesales, toda vez que la relación procesal está debidamente conformada por quienes tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe competencia para conocerlo, asimismo, no se evidencia causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, por lo que corresponde desatar de fondo el recurso de apelación.

La Sala para solventar la alzada, lo hará teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS., es decir, se limitará a los argumentos debidamente sustentados al momento de blandir la apelación.

3. PROBLEMA JURÍDICO

3.1. Así pues, de conformidad con los reparos de apelación, se tiene que el problema iuris, a desatar en esta superioridad, consiste en determinar si erró el sentenciador de primer nivel al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el actor.

4. De entrada se advierte el fracaso de la censura, conforme a lo que pasa a explicarse,

4.1. Estudiados los postulados impugnatorios enarbolados por la apoderada del actor, se advierte que los mismos, pese a esgrimir que el actor cumple con las exigencias compendiadas en la Ley y, por consiguiente, es merecedor de la dispensa pensional por el riesgo de invalidez, no atacan los argumentos esbozados por el A quo para abstenerse de reconocer la pensión reclamada.

4.2. En la decisión *sub judice*, tal como se historió en su oportunidad, el dispensador de justicia tuvo por demostrado que el actor fue afiliado a Colpensiones, el 19 de septiembre de 1994, que contaba con 874.43 semanas de cotización, que laboró para Electrificadora de Córdoba S.A., hoy Electricaribe S.A., desde el 16 de enero de 1965 hasta el 16 de enero de 1985 [Pág. 106 exp. digital], que ésta le reconoció pensión extralegal de tipo convencional a través de la Resolución 006 del 8 de abril de 1985 [Pág. 119 a 124 ib.], que cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, en sus artículos 38 y 39, para ser merecedor de la pensión de invalidez, ya que, en efecto, es invalido al contar con un porcentaje de PCL equivalente a un 71%, invalidez que tiene como fecha de estructuración el 31 de mayo de 2017 y un origen común, además de que contaba con la densidad de semanas exigida por el artículo 39, al tener cotizadas a su nombre 154.29 semanas, las cuales fueron aportadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Así mismo, sentó el A Quo que la pensión reconocida al actor por Electrocordoba S.A., no podía ser compartida con el fondo de pensiones, dado que la misma fue reconocida antes del 17 de octubre de 1985, esto es, la entrada en vigencia del acuerdo 029 de 1985, aprobado por el decreto 2879 de 1985, lo cual la hacía compatible, en principio, con pensión de invalidez.

4.3. Sin embargo, se abstuvo de reconocer la dispensa pensional, bajo el argumento de que los aportes pagados por Electrocordoba S.A., hoy Electricaribe S.A., a Colpensiones, con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo laboral – 17 de enero de 1985 – y del reconocimiento pensional de tipo convencional – 8 de abril de 1985 – bajo el convencimiento de que se trataba de una pensión compartida, y que cuando no podía ser ello así, carecen de validez, haciendo cita de lo dicho en la sentencia **SL9188 – 2014**.

4.4. Postura que, ha de ser compartida en esta instancia, pues así lo ha promulgado la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia **SL8987-2017, de ago. 23, rad. 58929, MP. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno**, donde se expuso,

"Aunque lo anterior basta para descartar la prosperidad de la acusación, con el ánimo de clarificar plenamente la situación controvertida, debe decirse que si bien el Tribunal incurrió en una imprecisión al catalogar la pensión de jubilación del actor como de naturaleza legal, pues evidentemente había sido concedida en los términos de una convención colectiva de trabajo (fol. 32 y 33), acertó al decir que la asunción de las pensiones extralegales o voluntarias por el Instituto de Seguros Sociales solo se dio a partir de la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, de manera tal que, con anterioridad a ese supuesto, efectivamente los empleadores no estaban en la obligación de afiliarse a un pensionado, con el ánimo de obtener la compatibilidad pensional.

Esta sala de la Corte ha precisado al respecto que cuando la pensión de jubilación extralegal no tiene la vocación de ser compartida con la del Instituto de Seguros Sociales, por haber sido concedida con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, el empleador no está habilitado para cotizar a dicha institución, después de la desvinculación del trabajador, con el fin de subrogarse total o parcialmente.

En la sentencia CSJ SL, 21 mar. 2012, rad. 39399, la Sala adoctrinó al respecto:

La censura propone un tema que ya ha sido definido por esta Sala de la Corte en las sentencias del 17 de abril de 1997 (Rad. 9.045), del 8 de agosto de 1997 (Rad. 9.444), 21 de mayo de 2008 (Rad. 32.726), 22 de julio de 2009 (Rad. 33.868), 28 de julio de 2009 (Rad. 33.015), entre otras.

En ellas, la Corte ha vertido su orientación doctrinaria en el sentido de que los empleadores que otorgaran pensiones extralegales, como en la ocurrencia de autos, antes de cobrar aliento jurídico el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual año, y que no tenían la vocación de ser compartidas con la pensión de vejez que reconociera el Instituto de Seguros Sociales, no estaban habilitados legalmente para cotizar después de la desvinculación del trabajador de la empresa.

En el primero de los fallos citados, adoctrinó;

"Sin desconocer la Corte que la interpretación planteada por el recurrente resulta sugestiva, estima que la misma corresponde más a la reglamentación que sobre el punto debería efectuar la entidad de previsión social, vale decir, que se trata de un razonamiento "de lege ferenda" y no de lo que efectivamente dispone la normatividad vigente sobre el punto, por ser lo cierto que el artículo 5º del Acuerdo 29 de 1985, y de manera más específica su parágrafo 1º, solamente establece para el Instituto de Seguros Sociales la obligación de aceptar

las cotizaciones de los patronos que otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, cuando se haya dispuesto que la pensión sea compartida, por lo que en todos aquellos casos en los que como ocurrió con la pensión de jubilación de Oscar Guingue Hoyos, expresamente se haya convenido o dispuesto que la pensión no será compartida por la entidad, según los reglamentos del seguro social no existe la posibilidad de que el patrono continúe cotizando para la pensión de vejez de quien ya se encuentra jubilado.

"Este entendimiento del artículo 5º del Acuerdo 29 de 1985, y especialmente de su parágrafo 1º, es no sólo ceñido al claro tenor literal de este precepto integrante del reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, sino que, además, resulta enteramente lógico si se tiene en cuenta la finalidad perseguida por la norma.

"En efecto, no debe olvidarse que con anterioridad al Acuerdo 29 de 1985, que como se sabe fue aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, estaba excluida --o "proscrita", según el propio recurrente-- la posibilidad de compartir pensiones extralegales, cualquiera fuera su origen, con la pensión de vejez que para todos los efectos, y como lo dispone el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, reemplaza la de jubilación prevista en la legislación anterior.

"Esta prohibición que resultaba de la circunstancia de no hallarse incluida en los reglamentos del seguro la posibilidad de compartir pensiones extralegales, desestimulaba el reconocimiento de tales pensiones, por cuanto el patrono que debía pagarla sabía en el momento de otorgarla que su obligación incrementada con los aumentos previstos en la ley sería vitalicia, desestímulo a la creación de pensiones anticipadas o más favorables para los trabajadores que se aminora con la expedición del Acuerdo 29 de 1985, pues en su artículo 5º se consagra la posibilidad para el patrono obligado a pagar una pensión originada en una convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, de continuar cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, de forma que cuando el Instituto de Seguros Sociales otorgue la pensión de vejez por cumplir el asegurado los requisitos exigidos en los reglamentos, únicamente quedará obligado a continuar pagando el mayor valor, si lo hubiere.

"Es por ello que no puede compartir la Corte el planteamiento del recurrente, según el cual a pesar del texto expreso del artículo 5º del Acuerdo 29 de 1985, debe dársele un sentido diferente interpretando la norma de manera que cumpla el propósito que se tuvo al expedirla, o, para el caso de tenerse como genuina la interpretación acogida por el Tribunal en el fallo impugnado, debe considerarse entonces discriminatorio el precepto por chocar frontalmente contra el principio de igualdad y el derecho inalienable a la seguridad social garantizado por los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, lo que obliga a no aplicar el susodicho artículo 5º, en obediencia a lo ordenado por el artículo 4º de la misma Constitución, para aplicar de preferencia los mandatos constitucionales, porque en realidad no puede afirmarse aquí una discriminación de las constitucionalmente proscritas, sino únicamente la regulación de manera distinta de situaciones diferentes, que es precisamente una cabal aplicación del principio constitucional de igualdad de trato.

"Esto último se dice por la Corte al no poder admitir la afirmación de que sea igual la situación del titular de una pensión empresarial cuando se dispuso expresamente en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral (o por acuerdo entre las partes para los casos de la pensión voluntariamente reconocida por el patrono)

que no sería compartida con el Instituto de Seguros Sociales la pensión de jubilación reconocida, a la situación del pensionado cuando se pacta la compartibilidad de la pensión extralegal con la pensión de vejez.

"Adicionalmente, cabe anotar que en los reglamentos que dicta el Instituto de Seguros Sociales para regular la manera como asume los riesgos en los que subroga al patrono originalmente obligado, se encuentra establecido expresamente que sólo se admitan cotizaciones respecto de quienes tienen el carácter de afiliados forzosos o facultativos, sin que pueda pretenderse obligar a dicha entidad de seguridad social a aceptar como válidas cotizaciones por fuera de sus propios reglamentos, como en este caso sucedió, ya que el Banco Caldas continuó cotizando como si Oscar Guingue Hoyos fuera su trabajador, siendo la verdad que lo había jubilado en cumplimiento de una conciliación mediante la cual dieron por terminado el contrato de trabajo que los vinculaba.

"Con independencia de que su intención realmente no haya sido fraudulenta, y de que las cotizaciones se hicieran en la máxima categoría salarial asegurable, el Instituto de Seguros Sociales está obligado a sujetarse a sus reglamentos e igualmente a hacerlos cumplir por los patronos y afiliados, y en general por todos aquellos que quedan sometidos a dicha normatividad, y, por ello, si una persona sin tener derecho ha sido afiliada al régimen, "como sería el caso del que no tiene la calidad de trabajador dependiente o independiente o de quien no se encuentra entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada de inscripción" o del pensionado particular cuya pensión no deba compartir, tiene el deber de cancelar la afiliación indebida, parcial o totalmente, según sea el caso. Es por esto que no puede entenderse como mal interpretado o aplicado indebidamente en el fallo el artículo 20 del Decreto 2665 de 1968, por ser indiscutible que por haber sido pensionado el hoy recurrente no podía el Banco Caldas hacerlo figurar como su trabajador para efectos de continuar cotizando para el riesgo de vejez, no solamente porque para esa época aún no se había dictado el Acuerdo 29 de 1985, sino, principalmente, porque la pensión concedida en virtud de la conciliación no iba a ser compartida por el Instituto de Seguros Sociales por haberse así expresamente dispuesto.

"Por todo lo dicho, reitera la Corte que la interpretación planteada por el recurrente expresa muy bien la reforma o mejora que sería aconsejable hiciera el Instituto de Seguros Sociales; empero, lo que resulta innegable es el hecho de que el precepto vigente, al que el fallador está obligado a atenerse para su interpretación y aplicación, sin importar las objeciones técnicas o deficiencias que presente, es el artículo 5º del Acuerdo 29 de 1985, y especialmente su parágrafo 1º, lo que obliga a concluir que "de lege lata" una vez Oscar Guingue Hoyos comenzó a disfrutar de la pensión de jubilación que le reconoció quien fuera su patrono con anterioridad a la vigencia del Acuerdo 29 de 1985, en virtud de una conciliación en la que no convinieron que la pensión fuera compartida con el Instituto de Seguros Sociales, el Banco Caldas no podía válidamente continuar cotizando para el riesgo de vejez como si él todavía trabajara a su servicio, por lo que las cotizaciones que por la entidad de previsión social se recibieron no deben ser tenidas en cuenta para determinar el monto de la pensión de vejez a la que es acreedor el recurrente y que está recibiendo.

"Para finalizar, debe decirse que los artículos 1630 y 1634 del Código Civil no tenía porque aplicarlos el Tribunal al dictar la sentencia, ya que la facultad de pagar por el deudor, incluso sin el consentimiento o contra su voluntad y aun a pesar del acreedor, parte necesariamente del supuesto de que efectivamente se deba lo que se paga, y en este caso, por no ser ya Guingue Hoyos trabajador del Banco

Caldas, no existía razón válida para aceptar el pago de unas cotizaciones por concepto del riesgo de vejez que ya había sido cubierto con la pensión de jubilación voluntariamente reconocida por quien fuera patrono del jubilado.

En tal sentido, se repite, como lo dedujo el Tribunal, a la Electrificadora del Caribe S.A. ESP no le asistía obligación alguna de pagar aportes por el actor, en calidad de pensionado, si no estaba habilitada para lograr la compartibilidad de la pensión extralegal que había concedido.

Dicha inferencia no se desvirtúa, en manera alguna, a partir del análisis del documento obrante a folios 35 y 36, que, como lo pone de presente la oposición, además de acreditar el pago de unos aportes y no su falta de pago, en todo caso no tiene el poder jurídico de instaurar unilateralmente la compartibilidad o habilitar el pago de aportes, pues esas cuestiones estaban reservadas exclusivamente a la ley.

Por lo mismo, aun en el caso de que la Corte, luego de la lectura del referido documento, concluyera que la entidad empleadora, con todo y que no estaba habilitada, afilió y pagó las cotizaciones del actor, en su calidad de pensionado, lo cierto es que, al no tener la pensión extralegal la vocación de ser compartida, esas cotizaciones no tendrían validez y no podrían ser computadas para el reconocimiento de la pensión de vejez del ISS. En la sentencia CSJ SL10557-2015, la Corte precisó al respecto:

Ahora bien, siendo que la pensión de jubilación no tenía la vocación para ser compartida, la afiliación del ya pensionado, al sistema de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales, no podía tener la finalidad de subrogar total o parcialmente el riesgo de vejez, de manera tal que las cotizaciones efectuadas carecían de validez para contribuir al cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención de una pensión de vejez, pues «...no podía la empresa demandante trasladar al ISS, así sea parcialmente, obligaciones pensionales que le incumbían en forma independiente a ella y respecto de las cuales, si pretendía que fueran subrogadas por el ISS, sólo podía acudir al mecanismo de la conmutación...» (CSJ SL, 8 ag. 2003, rad. 20996, reiterada en CSJ SL628-2013).

Resta decir que en las anteriores inferencias nada tiene que ver el hecho de que la Electrificadora del Caribe S.A. ESP hubiera asumido las obligaciones pensionales de la Electrificadora de Bolívar, supuesto que, con todo, no fue desconocido por el Tribunal. ¶

En ese orden de cosas, y como quiera, que, en efecto, Electricaribe S.A., no estaba habilitada para afiliar y pagar cotizaciones a nombre del actor, más allá del rompimiento del vínculo laboral, ya que la pensión convencional reconocida a éste, no tenía la vocación de ser subrogada por la administradora de pensiones, tales aportes, como lo indicó el A quo, carecen de validez, siendo entonces improcedente el reconocimiento pensional, exigido a esta jurisdicción, Y es que, tal como se indica en la sentencia **SI9188-2014, de jun. 25, rad. 50366, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas,**

“Si bien la afiliación al sistema de seguridad social se surte con la inscripción, no debe desatenderse su finalidad, cual es la de constituirla en fuente de derechos y obligaciones, de manera que, si no es posible acceder a estos, aquella carece de valor; esto es, la afiliación por sí misma no legitima el derecho a reclamar prestaciones de seguridad social; ha de considerarse previamente a la afiliación, la aptitud legal para poder disfrutar de los derechos que ofrece el sistema, lo cual significa, el de si se está dentro del grupo de la población o del contingente de trabajadores para los que la seguridad social ofrece la cobertura pensional.”

Así las cosas, no le queda otro camino a esta judicatura que confirmar la sentencia de primera instancia.

VI. DECISIÓN

Por colofón, debe la Sala señalar que no hay alternativa distinta que convalidar el veredicto confutado, sin imposición de costas en esta instancia, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA 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 dictada el 07 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral, promovido por el recurrente contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A., conforme lo dicho *ut supra*.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. [si bien Colpensiones alega de conclusión, sus argumentos no son una réplica]

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. GLENIA MARÍA DE ÁVILA GÓMEZ, como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

CUARTO: En su oportunidad regrésese el expediente a su oficina de origen.



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado