

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL  
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ  
Radicado N°. 23-162-31-03-002-2019-00003-01 FOLIO 241-21**

**MONTERÍA, QUINCE (15) JULIO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada FUNDACION PROYECTO NUEVO, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 12 febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cerete, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARY NAYIBE AVILA TORREGLOSA contra la apelante.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. Demanda**

Pretende la actora se declare la existencia de una relación laboral con la demandada FUNDACION PROYECTO NUEVO, desde el mes de enero de 2017 hasta el día 27 de marzo del año 2018, el cual culminó por despido injustificado; consecuentemente se ordene el reintegro a su labor para dar cumplimiento con lo establecido en el contrato laboral a término fijo, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, horas extras, sueldos adeudados, sanción moratoria por no consignación total de los meses laborados y demás haberes causados desde el tiempo de su desvinculación, hasta la fecha de su reintegro, se condene a la indemnización por daños y perjuicios causados a partir del despido injustificado antes de la fecha de terminación del contrato, además de las costas del proceso y agencias en derecho.

**2.2.** Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, lo siguiente:

**Rad. 23-162-31-03-002-2019-00003-01 FOLIO 241-21**

- Se encuentra vinculada en calidad de contratista, por medio de un contrato laboral a término fijo, desde el mes de enero del año 2017 hasta diciembre de esa anualidad.
  
- Firmó otro contrato a término fijo con la fundación demandada desde el 22 de enero hasta el 30 de julio del año 2018, contrato con opción de prórroga hasta el mes de diciembre de dicha anualidad.
  
- El salario devengado fue por la suma de \$781.000.00, el cual fue estipulado en el contrato firmado por ambas partes.
  
- Durante el tiempo de prestación de servicios se desempeñó en el cargo de auxiliar pedagógico en el programa de centro de desarrollo infantil en la estrategia de cero a siempre del I.C.B.F, en la modalidad C.D.I., en la unidad de servicios “Mi Mundo de Colores”, cuya función era brindar apoyo a la docente Paola Martínez Beleño.
  
- Que fue citada a una reunión el día 27 de marzo del año 2018, la cual no se llevó a cabo por cuanto recibió una llamada de Yeisi Jiménez, en la que le comunicó la cancelación de su contrato de forma injustificada, decisión que fue basada en las diferentes quejas presentadas por la docente Paola Martínez.
  
- El 06 de abril del año 2018 recibió una llamada en la que dicen que se acerque a las oficinas de la fundación accionada para realizarle el pago del mes de marzo adeudado, pago que no se hizo efectivo; no obstante le cancelaron a todos los demás trabajadores, a ella le informaron que debía esperar hasta el día 16 de abril de 2018, fecha para la cual le realizarían el pago en la oficina del trabajo.
  
- Que el 13 de abril de 2018 se dirigió a la Inspección de Trabajo Municipal de Cereté a exponer su caso, siendo programada una audiencia de conciliación para el día 2 de mayo de 2018 a las 10:00 am; envió la citación a la parte demandada hasta su sede principal en la ciudad de Barranquilla, mostrando molestias con lanzamiento de palabras un poco amenazantes e informándole que, por haberse dirigido a la oficina del trabajo no le darían más oportunidades laborales.
  
- Que ha tenido diferentes problemas de salud pero la EPS se ha negado en agendarle citas, puesto que desde el mes de enero se encuentra retirada, siendo responsable de ello la fundación Proyecto Nuevo, cuyo representante legal no ha dado solución ni respuesta por ningún medio.

### **2.3. Contestación y trámite**

Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada, propone como excepciones de mérito Inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica, fundamentado en que las pretensiones de la actora carecen de fundamentos facticos y jurídicos, puesto que le fueron canceladas las acreencias laborales reclamadas, aunado a que el contrato laboral a término fijo inferior a un año correspondiente al periodo del año 2018, tuvo un término de dos meses y quince días, contrato que no fue prorrogado, mediante comunicación escrita en fecha 28 febrero de 2018 donde le fue informado a la actora su intención de no prorrogar.

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

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

El Juzgado en primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante declarando la existencia de contrato de trabajo a término fijo, celebrado el 02 de enero hasta el 15 de diciembre de 2017 y del 16 de enero hasta 31 de marzo de 2018, el cual finiquitó sin justa causa; consecuentemente condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, sumas debidamente indexadas, costas a cargo de la accionada, y absolvió de las demás pretensiones.

De entrada destacó que si bien la actora manifestó en su interrogatorio de parte, que le adeudaban un mes de salario correspondiente a marzo de 2018, lo cual reclamó en la demanda, respecto del cual inicialmente dada a la inasistencia de la demandada en la audiencia del art. 77 del CPL y de la S.S. se tomó dicho hecho como una presunción de veracidad, pues en esa misma diligencia previo a la fijación del litigio, la demandante afirmó que ese mes se le pagó a mediados de junio de 2018, por lo tanto quedó excluido ese concepto de la fijación del litigio.

Seguidamente consideró respecto a los extremos temporales, que revisado el material probatorio, incluso con el mismo dicho de las partes en su demanda y contestación, se demuestra el vínculo laboral desde el año 2017 pero en lo que atañe a la relación laboral en el periodo 2018, si bien en la demanda se afirma que se celebró contrato desde enero hasta julio de 2018, extremo final que no fue demostrado, en la contestación de demanda milita

**Rad. 23-162-31-03-002-2019-00003-01 FOLIO 241-21**

contrato suscrito por las partes cuyo término de duración es del 16 de enero hasta el 31 de marzo de 2018, documento que no fue desconocido ni tachado por tanto le otorgó valor probatorio. Concluyó que en el asunto existieron dos contratos laborales a término fijo, el primero comprendido desde el 02 de enero hasta el 15 de diciembre de 2017, y el segundo desde el 16 de enero hasta el 31 de marzo 2018.

En lo concerniente a la causa que dio por terminado el vínculo laboral, evidenció que el contrato aludido en el año 2018 tuvo como objeto que la actora se desempeñara como auxiliar pedagógico, por lo que, en principio, no era necesario el preaviso pues bastaba la culminación del periodo académico para que finalice el contrato; no obstante, el contrato se celebró por escrito con una duración inferior a un año o inferior al periodo académico y aunque se allegó un documento contentivo del preaviso en el cual se indica que la parte trabajadora se negó a firmar, dejando la evidencia con la firmas de testigos, llamó la atención al juzgador que la letra en la firma en cada uno de los nombres es igual, por lo que consideró fue una única persona la que anotó dichos nombres en ese documento, por tanto no quedó demostrado que el empleador haya realizado la comunicación del preaviso, en ese sentido se evidencia un despido injusto, siendo ello así, el contrato se prorrogó por un término igual, esto es, dos meses y quince días, comprendido el 01 de abril hasta el 16 de junio de 2018, para un total de 75 días, teniendo en cuenta el salario devengado según lo establecido en el contrato es la suma de \$781.242, operación que arrojó la suma de \$1.953.105,00 como indemnización y que deberá ser indexada a la fecha de pago.

**IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada sustenta su inconformidad frente a la declaratoria del despido injusto, pues si bien es cierto la parte demandante tiene la carga de probar el despido, la misma no se dio, en razón a que la prueba fue su dicho. En lo pertinente a las presunciones debidamente calificadas la misma admiten prueba en contrario, lo cual quedó demostrado con la documental que le fue notificada a la actora la terminación del contrato oportunamente ante la no prórroga del mismo; sin embargo le llama la atención que el juzgador utilizara unos poderes exorbitantes como perito grafólogo en la carta de no prórroga del contrato, al señalar que las firmas en los nombres de los testigos tienen la misma letra, cuando ni siquiera dicha prueba fue tachada, por tanto se le debe dar validez probatoria; así mismo se duele de las condenas en costas.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Argumenta en esta instancia la parte accionada que:

*“El fundamento en que soportó su decisión la célula judicial de primera instancia fue la creencia o convicción de que las firmas de los testigos en la carta de preaviso de no prórroga del contrato que se rehusó firmar la demandante, pertenecen a una misma persona o es el mismo tipo de letra presumiendo una mala fe o fraude procesal y así desconocer el cumplimiento legal de pasar la carta de no prórroga del contrato con 30 días de anticipación. La célula judicial al tener dudas sobre las firmas de los testigos de que la demandante se rehusó firmar dicho documento, debió de oficio solicitar la ratificación de las firmas o decretar una prueba pericial que le sirviera de fundamento para soportar dicha decisión y en ese sentido desbordó su competencia ya que la Aquo no es perito. Tampoco es válido inferir la mala fe, como sucedió en el presente fallo. Sobre todo, cuando ni siquiera la parte demandante objeto dicho documento ni atacó las firmas obrantes en él.*

## VI. CONSIDERACIONES

### 6.1. Presupuestos procesales

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

### 6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, se ciñe a determinar: **(i)** si el contrato de trabajo que unió a la demandante con la accionada culminó por despido injustificado; **(ii)** si puede exonerarse de costas a la demandada.

### 6.3. Terminación del contrato.

No hay discusión en el plenario en cuanto a que los sujetos procesales estuvieron vinculados por dos contratos de trabajo a término fijo, tampoco se duelen de los extremos cronológicos citados en la sentencia, donde se planteó que el segundo y último contrato celebrado entre la demandante y demandada se pactó del 16 de enero hasta 31 de marzo de 2018.

Tratándose de contrato de trabajo a término fijo, la Sala de Casación Laboral sostuvo en la SL 5262-2021 que:

*“El contrato a término fijo se desarrolla en el artículo 46 del CST, norma que dispone lo siguiente:*

**ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO.** *Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.*

*1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*

*2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.*

**PARAGRAFO.** *En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.*

*Pues bien, debe iniciar la Corte por recordar que está previsto que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. Y, la vinculación de los trabajadores a través de contrato a término fijo goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST (CSJ SL3535-2015).*

*Señala además la Corporación que se trata de una modalidad a través de la cual se contrata al trabajador por un tiempo determinado y estipulado previamente en el contrato el cual, se sujeta a los precisos límites normativos, de modo que, si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015).*

Y en cuanto a las cargas probatorias la misma Corporación en la SL 417 del 27 de enero 2021, Radicación N°71672, MP Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez, manifestó:

*“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adocinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).”*

En ese mismo sentido en sentencia SL 816 de 2022 precisó:

*“Sobre el particular, resulta pertinente recordar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL, 21 nov. 2003, rad. 21595, que puntualizó:*

*Ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que al trabajador le basta simplemente acreditar en el proceso el hecho del despido, correspondiéndole al empleador demostrar que los motivos invocados efectivamente ocurrieron o los cometió el trabajador. Pero no puede servir para esa demostración la simple carta de despido o cualquier otro medio de convicción que acredite simplemente los fundamentos alegados o las disposiciones infringidas, sino que es necesario que se demuestre que realmente el trabajador incurrió en las faltas que se le atribuyen. Y es que no puede perderse de vista que unos hechos motivantes de un despido constituyen una acusación, y esta no se prueba con su simple afirmación, sino con los elementos que la configuran y la reflejan, de manera que lleven al juzgador a la inequívoca conclusión de que el hecho existió y fue cometido por el inculpado. Esta apreciación es, de otro lado, un desarrollo del principio de la presunción de inocencia, la cual solo puede ser desvirtuada cuando se demuestre la culpabilidad del acusado. (Subrayado fuera del texto original).*

Así mismo en la SL 496 de 2021 señaló:

*“Cabe destacar que el contrato de trabajo puede llegar a su fin por diferentes razones; bien porque mutuamente lo acuerdan las partes o bien por la decisión unilateral de alguna de ellas con justa o sin justa causa (CSJ SL 1381 –2016). En este último evento, tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales distintas (CSJ SL 14877-2016).*

Lo anterior se torna de gran trascendencia en el caso bajo estudio, por cuanto debe tenerse presente que la actora indicó en la demanda haber sido despedida por su empleador a través de una llamada que le realizó el día 27 de marzo de 2018 Yeisi Jiménez, pero además precisa que la motivación invocada por la accionada para despedirla, a través de esa llamada, fueron las distintas quejas presentadas por una docente.

Acorde con lo anterior y a los precedentes citados, correspondía a la actora acreditar el despido de que dice fue objeto, es decir, que realmente se dio la llamada y en ella se le expresó una causa de despido fundamentada en quejas elevadas en su contra por una docente; hecho lo anterior, correspondería al empleador acreditar que, en efecto, se dieron las quejas que motivaron la desvinculación.

Sin embargo, en la sentencia atacada el juez declaró la injusticia del despido bajo el argumento de que el contrato culminó por vencimiento del término pero sin cumplir el

**Rad. 23-162-31-03-002-2019-00003-01 FOLIO 241-21**

requisito del preaviso que impone la ley; no obstante, nótese que en ninguna parte del cuerpo de la demanda la actora planteó como fundamento de su despido, la terminación del contrato sin el cumplimiento previo del requisito del preaviso con 30 días de antelación al plazo pactado y por ende su prórroga automática, la cual, reiteramos, no fue la planteada dentro del debate por la accionante, con lo que se deja al descubierto que se trajo a colación por el operador judicial en la sentencia atacada, causal de terminación diversa a la planteada por la extrabajadora y además novedosa en el debate procesal, surgida de su propia iniciativa, lo que a todas luces riñe con el debido proceso por cuanto la parte accionada en la contestación de la demanda estructura su defensa negando el despido, es decir, negando la llamada que indica la demandante se le hiciera y la causal que señaló, y por el contrario, precisó que la terminación obedeció al vencimiento del término pactado.

Cosa distinta hubiese sido que la accionada hubiera aceptado que despidió a la actora y que ello obedeció a las quejas que elevara en su contra una docente, porque en dado caso, correspondía a la demandada probar que se dio la causal, es decir, las referidas quejas; o en caso de aceptar el despido bajo otras causales, estaba llamada a acreditar su ocurrencia, pero como, a contrario sensu, la accionada no acepta haber despedido a la demandante, la carga de la prueba recae en la ex trabajadora, y por tanto debió acreditar que fue desvinculada y las causas que adujo en la demanda.

Y basta echar un vistazo a las pruebas arrimadas al proceso para concluir que ninguna respalda la afirmación de la demandante, es decir, de ninguna se extrae que la llamada presuntamente realizada por el empleador para despedirla, en efecto, se haya realizado, y menos que la accionada haya justificado el despido en las quejas de una docente, es decir, el aludido despido no tiene respaldo probatorio en el proceso y por tanto, no cumplió la actora la carga probatoria que le correspondía de acreditar el despido.

Así, para la Sala, el examen que se hiciera del preaviso y la validez probatoria de la carta con fecha 28 febrero de 2018, firmada por Diana Calderón Cuello en su condición de representante legal de la Fundación Proyecto Nuevo, mediante la cual se dio preaviso de terminación del contrato, resulta irrelevante para el objeto del debate, porque la causal que aduce la actora como generadora del presunto despido fueron otras, y sobre ella debía ceñirse el trabajo y análisis probatorio.

Por tanto, se torna procedente revocar parcialmente la sentencia impugnada y en su lugar absolver a la accionada de las condenas impuestas.

#### **6.4. Costas.**

Las consideraciones precedentes conllevan a la exoneración de la condena en costas impuestas en primera instancia, acorde con lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 365 del CGP, y en su lugar imponer costas en ambas instancias a cargo de la parte actora, de conformidad con la misma normativa.

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, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

### **VII. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero y cuarto** de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la accionada.

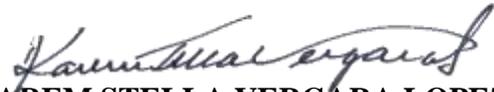
**SEGUNDO:** En consecuencia, **ABSOLVER** a la parte accionada de las acreencias laborales e indemnizaciones reclamadas.

**TERCERO:** Confirmar la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO:** Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante. Agencias en derecho en la suma indicada en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**

  
**KAREM STELLA VERGARA LOPEZ**  
Magistrada

  
**CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**  
Magistrado

  
**PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ**  
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL  
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ  
Radicado N°. 23-001-31-05-005-2019-00253-01 FOLIO 251-21**

**MONTERÍA, QUINCE (15) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante y los demandados, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 01 de Julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HUMBERTO SEGUNDO ESPITIA ARRIETA contra JOSÉ NAFER RODRÍGUEZ AGUILAR e ISAURA BEATRIS MORALES TORRES.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. Demanda**

Pretende el actor se declare la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor con el señor JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, desde el 03 de enero de 2019 hasta el 03 de marzo de 2019; se ordene el reintegro del actor de manera definitiva al cargo que ocupaba o a uno de mayor jerarquía por no haber solicitado el empleador autorización ante el Ministerio del trabajo previo a su despido, amén de encontrarse en estado de debilidad manifiesta con ocasión al accidente laboral ocurrido por culpa de su empleador el 03 de marzo de 2019; consecuentemente se condene solidariamente a los demandados al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones causados desde el momento de su vinculación hasta la fecha en que se produzca su reintegro, la indemnización establecida en el art. 26 de la ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario; indemnización plena u ordinaria de los perjuicios derivados de la ocurrencia del accidente de trabajo como son: perjuicios morales y psicológicos, perjuicios materiales consistentes en lucro cesante debido o vencido y futuro, perjuicios en daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia; aportes pensionales causados desde la fecha del despido hasta que se realice el reintegro, indemnización por la no entrega de constancia de aportes a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses de servicio, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente pretende se declare fue despedido sin justa causa; consecuentemente se condene a los accionados al pago de indemnización por despido sin justa causa, salarios y prestaciones sociales causados en el desarrollo del contrato de trabajo, así como el pago de la sanción moratoria establecida en el art. 65 CST.

**2.2.** Como fundamento de sus pretensiones expone, de forma sucinta los siguientes hechos:

- Que existió un contrato de obra o labor desde el día 03 de enero de 2019 con el señor JOSÉ NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, cuyo objeto era la construcción de un segundo piso, sobre la edificación de una vivienda ubicada en la mz 188 lote 14 etapa 1, en la ciudad de Montería, de propiedad de la señora ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES, obra en la cual el señor RODRIGUEZ AGUILAR fungía como maestro do obra.

- El cargo desempeñado por el actor era de albañil, cumpliendo un horario de lunes a sábado de 06:00 am hasta 05:00 pm, y devengando como remuneración un salario semanal por la suma de \$170.000.00, equivalente a un salario mensual de \$680.000.00.

- Que el día 03 de marzo de 2019 no tenía que laborar, sin embargo, por orden de la señora ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES se presentó a laborar para agilizar la construcción y por lo cual le reconoció un salario adicional por la suma de \$30.000.

- Que estando en ejercicio de sus funciones como albañil el día arriba señalado, sufrió un accidente de trabajo que le causó una herida en la pierna izquierda con una pulidora siendo las 09:00 am aproximadamente, cuando se encontraba cortando una madera que iba hacer usada para meter una cuña a un listón, por lo que tuvo que ser sometido a un procedimiento quirúrgico y le causó una limitación severa, dificultad para apoyar su pie, además de requerir ayuda de muletas para su desplazamiento.

- Que la pulidora con la que se causó la herida en el accidente de trabajo padecido, era de propiedad del maestro de obra JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, quien estando en la obligación legal, no tomó las medidas necesarias para proteger su vida, salud e integridad física, puesto que no mantuvo las condiciones adecuadas y de seguridad, no suministró la información e implementos necesarios e idóneos tanto para utilizar la pulidora como el de la prevención de accidente, como tampoco le brindó entrenamiento en el manejo de la pulidora, la que utilizaba de forma empírica, de lo cual tenía conocimiento la señora ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES.

- Que con ocasión a su accidente fue atendido en Fundación Amigos de la salud a través de su afiliación a EPS Mutual Ser por el régimen subsidiado, dado que nunca fue afiliado al sistema

integral de seguridad social.

- Durante el tiempo que estuvo laborando en la obra su empleador nunca realizó actividades de salud ocupacional tendientes a proteger su vida y salud, así como tampoco había constituido comités paritarios de salud ocupacional y además no le realizaron el mantenimiento a la maquina pulidora.

- Que fue despedido estando incapacitado y en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, teniendo pleno conocimiento de ello su empleador, aunado a que no solicitó autorización del Ministerio del Trabajo para proceder a despedirlo, a pesar de encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

- Su empleador al terminar el vínculo laboral no le pagó el salario correspondiente a una semana, prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones para los trabajadores de construcción, así como la indemnización establecida en el art. 26 de la ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario.

- Para la fecha de su accidente contaba con 31 años de edad, puesto que nació el 30 de enero de 1988; sus actuales condiciones son lamentables toda vez que presenta cambios en su estado de ánimo, así como brotes de agresividad que afectan su entorno familiar, especialmente su vida de pareja con su compañera ante la imposibilidad de laborar y realizar actividades normales de la vida cotidiana.

- Que convive en unión libre con la señora Ana Milena Montiel Ceballos, quien se desempeña como ama de casa y depende económicamente de él, de dicha unión nacieron sus dos hijos, Iván Andrés y Keila Marcela Espitia Montiel, quienes también dependen económicamente de él y se han visto afectados moral y psicológicamente por la lesión que sufrió en calidad de esposo y padre respectivamente.

- Reitera que su herida en la pierna izquierda afectó de manera directa las condiciones económicas, psicológicas y morales de su familia, ante la imposibilidad de movilizar su pierna y pie izquierdo, puesto que está limitado en el ejercicio de apoyar su talón, el pie y la punta, sintiendo dolor todo el tiempo, asimismo se encuentra imposibilitado para realizar tareas comunes como las de caminar, vestirse, practicar algún deporte, entre otras, pues ante la pérdida de su movilidad en su pierna se ha convertido en una limitación para la realización de actividades que hacen placentera su vida.

### **2.3. Contestación y trámite**

**2.3.1.** Admitida la demanda y notificada en legal forma, el demandado JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR contestó la demanda a través de curador ad-litem, invocó como excepciones de mérito las de buena fe, prescripción; manifestó no constarle los hechos, ateniéndose a lo que resulte probado del proceso.

**2.3.2.** Por su parte la accionada ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES si bien contestó la demanda, mediante auto del 21 de octubre de 2019 le fue inadmitida y al no ser subsanadas las deficiencias se tuvo por no contestada la demanda mediante auto el 13 de noviembre de 2019.

**2.3.3.** 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 declaró la existencia del contrato laboral de obra entre el señor HUMBERTO SEGUNDO ESPITIA ARRIETA y JOSÉ NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, comprendido entre el 02 de marzo hasta el 03 de marzo de 2019, en el cual el actor sufrió una pérdida de capacidad laboral del 22.70% con ocasión al accidente de trabajo ocurrido el día 03 de marzo de 2019, accidente que se dio por causas imputables al empleador JOSÉ NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, pregonó la solidaridad entre los demandados ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES y JOSÉ NAFER RODRIGUEZ AGUILAR; consecuentemente condenó a los accionados de manera solidaria reconocer y pagar al actor cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, indexadas, indemnización tarifada de perjuicios, indemnización por perjuicios morales equivalentes a 5 smmlv, la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST, aportes a seguridad social en pensión y costas.

Inició considerando que conforme a los art. 22, 23 y 24 del C.S.T., el actor demostró la prestación personal del servicio aplicando la presunción del elemento de subordinación, teniendo en cuenta que la señora ISAURA MORALES TORRES en su declaración de parte, manifestó haber contratado al señor JOSE NAFER RODRIGUEZ para la realización de una remodelación del techo de su vivienda y otros aspectos, por tanto declaró la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor regulada en el art. 45 de la norma laboral. Que frente a los extremos temporales, conforme a las pruebas practicadas, solo se acreditó la prestación personal en los días 2 y 3 de marzo de 2019, bajo el empleador señor JOSE NAFER RODRIGUEZ y teniendo como salario el mínimo vigente para la época en que se dio dicha contratación.

En lo tocante al accidente ocurrido el 03 de marzo de 2019, consideró catalogarlo como accidente laboral, puesto que ocurrió cuando el actor se encontraba trabajando, es decir, se dio por causa del trabajo cuando se encontraba cortando un listón con la pulidora, actividad para la cual no estaba capacitado pues su labor era la de ayudante del oficial de construcción; las lesiones constan en las

historias clínicas emitidas por fundación amigos de la salud y que fue ratificada por los testigos, amén de que milita en el plenario dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez bolívar de fecha 19 febrero de 2021, donde se determinó que la contingencia del accidente ocurrido el 03 de marzo de 2019 es de origen laboral con una pérdida de capacidad laboral del 22.70%.

Sustentó que en el asunto se acreditó la culpa patronal debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales por culpa leve, en el sentido que no se realizó la diligencia de atención y cuidado que se requiere en forma ordinaria en los negocios, no existió por parte del empleador una vigilancia y control, además de que no se acreditó que el actor haya utilizado guantes de protección y demás medidas que requieren en esos casos, elementos que no fueron suministrados por su empleador, pues la parte pasiva no demostró el haber actuado de forma contraria.

Precisó el actor manifestó que no hubo despido, puesto que no fue a laborar por estar incapacitado, incapacidad que no se acreditó, pero, al no existir despido no puede haber ineficacia, por lo que concluyó no hay lugar al reintegro ni a la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Finalmente, en lo relacionado con la solidaridad, estimó que el señor JOSE NAFER RODRIGUEZ actuó como contratista independiente para la construcción de un segundo piso en un bien inmueble de propiedad de la señora ISAURA MORALES TORRES, ésta así lo reconoció en su declaración de parte, lo que la hace merecedora de la solidaridad por ser beneficiaria de la obra o labor contratada a la luz del art. 34 C.S.T.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

##### **4.1. Apelación del demandante HUMBERTO SEGUNDO ESPITIA ARRIETA**

Manifiesta su inconformidad frente al extremo inicial de la relación laboral, el cual, a su sentir, se dio desde finales del mes de enero del año 2019, así mismo pregona que, de conformidad con el artículo 26 de la ley 361 de 1997, resulta ser discriminatorio el despido en estado de discapacidad, puesto que el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta, invirtiéndose la carga probatoria y correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato obedeció a una causa razonable.

Sostiene que el actor no aportó al plenario prueba de la incapacidad puesto que no fue afiliado a una EPS ni ARL, por lo que al salir de la clínica no le era dable acudir a un médico tratante y no recibió posteriormente atención médica, aún más, al estar viviendo en zona rural de Montería no contaba con las condiciones económicas para desplazarse a realizarse un tratamiento, razón por la que no reposa en el plenario tal documentación.

Finalmente argumenta en cuanto a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, la ley 100 de 1993 y el decreto 1295 de 1994 establecen todos los esquemas que se requieren para brindar protección a los trabajadores, debiendo reconocerse la indemnización perjuicios morales y psicológicos e indemnización perjuicio materiales, daño en la vida en relación. Se duele además de que las sumas impuestas en la condena deben ser indexadas.

#### **4.2. Apelación del demandado JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR.**

Manifiesta a través del curador ad -litem que lo representa, su desacuerdo con el fallo, aduciendo que la única responsable de las condenas es la señora ISAURA MORALES TORRES, toda vez que del dicho de los testigos y la declaración de parte del actor, se conoció que en el ejercicio del elemento del contrato de trabajo como es la subordinación, ella hizo comparecer a laborar al actor el día de la ocurrencia del accidente, además en esa fecha no se encontraba el señor JOSE NAFER RODRIGUEZ ejerciendo las labores de empleador del actor, pues se encontraba realizando labores en otra obra, por tanto es dable exonerarlo de toda responsabilidad.

#### **4.3. Apelación de la demandada ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES**

Señala su discrepancia con el fallo planteando que en ningún momento impartió ordenes, como dice lo afirmó el actor en su declaración, ordenes que emanaban de JOSE NAFER RODRIGUEZ, existiendo además muchos contradictorios en los testimonios; que si bien no fue probado el extremo de la relación laboral tampoco lo fue el tipo de relación laboral que existió entre el actor y la señora ISAURA MORALES TORRES, quedando en entredicho la subordinación, pese a que se habla de un trabajo de tipo personal, elemento clave para poder condenar a alguien que en ningún momento tuvo algún conocimiento del contrato de obra que desarrolló el señor Nafer; que no se aportaron incapacidades medicas del actor, por tanto no hay constancia del periodo de ese proceso de recuperación dejando en subjetividad dicha situación, puesto que no se acreditó la orden emanada del trabajo realizado el día domingo, ni siquiera solidariamente, atendiendo a que la accionada no estuvo de acuerdo que se realizara la labor ese día, además de considerar injusto que en solo dos días laborados se requieran liquidaciones accesorias.

### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **5.1. Parte demandante.**

La parte actora reitera su desacuerdo frente al extremo inicial de la relación laboral, el cual insiste fue desde el mes de enero de 2019, puesto que de conformidad con el art. 24 del C.S.T. se presume el elemento de subordinación, teniendo en cuenta el cargo desempeñado en la obra de la demandada solidaria, se establece que no podía desempeñarse sin la orden y subordinación del señor José Nafer

Rodríguez, por tanto es dable reconocer que el vínculo laboral se dio entre los extremos solicitados. Indicó, con respecto a la negación del reintegro solicitado a uno o en mejores condiciones, se debe tener en cuenta que el actor laborando a favor del señor José Nafer Rodríguez sufrió un accidente laboral, el cual fue reconocido por la beneficiaria de la obra en su declaración de parte, siendo despedido ese mismo día, es decir, el día 03 de marzo de 2019, estando en estado de debilidad manifiesta y sin que mediara autorización del Ministerio del Trabajo, prueba de ello es el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bolívar de fecha 19 de febrero de 2021 donde le determinaron una pérdida de capacidad laboral del 22.70%, dando lugar además la indemnización establecida en el art. 26 de la ley 361 de 197, sumado a que la obra finalizó como en agosto, tal como lo señaló la demandada solidaria.

Precisa la responsabilidad del empleador en el cuidado y protección frente al trabajador, siendo que el empleador no entregó elementos de protección al actor a fin de prevenir accidentes a causa del riesgo al que fue expuesto por la pulidora, siendo procedente el reconocimiento y pago de las indemnizaciones plenas y ordinarias de perjuicios, de la que se duele el *a quo* no estableció dichos valores conforme a los lineamientos establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia; solicita finalmente que se confirmen las demás condenas impuestas incluyendo la solidaridad deprecada.

## **5.2. Parte demandada Isaura Morales Torres.**

Reitera no fue demostrado con las pruebas testimoniales -que fueron desestimados por el *a quo*- y las declaraciones de parte, ningún tipo de relación laboral con el actor así como tampoco la solidaridad frente a las condenas, puesto que no existió algún tipo de contrato realidad o de manera formal que responda a las características propias de un contrato de índole laboral bajo la modalidad de obra o labor, más aún cuando el demandado JOSE NAFER RODRIGUEZ contestó la demanda mediante curador ad-litem, aunado a que no se demostró el elemento de subordinación entre ella con el actor. Además argumenta que nunca tuvo relación laboral con el demandado José Nafer Rodríguez, toda vez que ella no es propietaria del bien inmueble por tanto no puede ser responsable solidariamente, pues conforme al art. 34 del C.S.T., la profesión de docente que ejerce la señora Isaura no guarda algún tipo de relación de causalidad con las adecuaciones civiles proyectadas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **6.1. Presupuestos procesales**

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

## 6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, se ciñe a dilucidar por la Sala, frente a las inconformidades expuestas por el accionante **(i)** si erró el A-Quo al determinar los extremos cronológicos del contrato de obra que unió al actor con el accionado José Nafer Rodríguez Aguilar; **(ii)** si era procedente la condena por reintegro atendiendo a un despido injusto e ineficaz por discriminación por discapacidad padecida por el accionante; **(iii)** si era viable imponer condena por la indemnización plena de perjuicios invocada en la demanda; **(iv)** si procedía la indexación de las condenas impuestas.

Bajo las inconformidades del curador ad litem que representa al accionado JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, deberá examinarse si **(iv)** Debe considerarse como verdadero empleador del actor a la señora Isaura Morales, por haber ejercido la facultad de subordinación e impartir la orden de trabajar el día domingo en que ocurrió el accidente laboral al accionante; **(v)** y frente a la inconformidad de la accionada ISAURA MORALES, si es dable exonerarla de todas las condenas atendiendo a que no se acreditó relación laboral entre ella y el accionante, por lo que tampoco puede ser llamada a responder solidariamente, como lo expone en su alzada.

**6.3.** Sea lo primero precisar que no existe controversia ni inconformidad de los sujetos procesales frente al tipo de vínculo declarado en el fallo de primera instancia, cual es un contrato laboral por obra o labor contratada, lo que de entrada nos lleva a citar lo predicado por la Sala de Casación Laboral frente al citado vínculo:

*“Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas” (SCL 6, mar, 2013, Rad. 39050).*

Pero además añadió en la misma providencia:

*“En cuanto a las características del contrato que unió a las partes en contienda, esto es por obra o labor realizada, bien vale la pena recordar lo adoctrinado por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 22 de octubre de 1954, así:*

*cuando el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de una obra o labor determinada, es preciso que él se demuestre sin lugar a dudas por quien invoca esa modalidad, pues ella determina fenómenos jurídicos de trascendencia en cuanto a su terminación. Debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo se concluyó teniéndola en cuenta, pues de allí resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución, y aceptaron de antemano como plazo de la relación el que resultara de su cumplimiento. En esta clase de contratos ocurre lo que en aquellos en que las partes desde el principio convinieron en fijarles*

*duración cierta, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinada y surge la estipulación expresa de los contratantes. Más en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuándo va a verificarse su terminación”.*

También ha precisado la Alta Corporación citada, que al trabajador solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. 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<sup>1</sup>.

Lo anterior cobra gran importancia en el caso estudiado por cuanto, al remitirnos al libelo demandatorio se extrae que el accionante pregonó la existencia del contrato de trabajo por obra teniendo como empleador al señor JOSÉ NAHER RODRIGUEZ AGUILAR y llamó como responsable solidario de cualquier condena a ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES, de quien señaló es la dueña del inmueble donde desempeñaba sus labores y beneficiaria de la obra.

Ahora bien, acreditado como estuvo la prestación del servicio por parte del actor, como bien lo concluyó el A-Quo atendiendo el dicho de la demandada solidaria en su interrogatorio de parte, donde aseguró que ella había contratado con el señor JOSE NAHER RODRIGUEZ AGUILAR las reparaciones a su vivienda, y que este a su vez contrató el personal que lo llevaría a cabo, amén de que precisó haber visto en algunas oportunidades trabajando en dichas labores al accionante, resulta indudable la inversión de la carga de la prueba y correspondía al llamado como empleador desvirtuar los elementos del contrato de trabajo, carga que no cumplió el señor RODRIGUEZ AGUILAR, quien, reiteramos, fue señalado en la demanda como el empleador.

No obstante lo anterior, tal como se precisó en los precedentes jurisprudenciales citados, tenía el trabajador la carga probatoria de acreditar los extremos cronológicos del contrato de trabajo, es decir, la fecha en que inició sus labores y la fecha en que culminó, además de que debe probar el despido de que pregonó fue objeto; más si examinamos el proceso encontramos que esta huérfano de pruebas que ofrezcan certeza de que la obra en la cual laboró el demandante haya iniciado a finales del mes de enero de 2019, como lo indica en la demanda y alude en su alzada, pues el testimonio del señor JOSE RODOLFO RINCON FUENTES nada aporta a ese aspecto por cuanto no presenció el momento de la contratación y tampoco laboró con el accionante, tan solo laboró en la obra reemplazando al señor HUMBERTO SEGUNDO ESPITIA ARRIETA a partir del

---

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

momento en que padeció el accidente laboral; y acerca de la declaración de la cónyuge del demandante, además de resultar contradictoria con el dicho de éste al referirse a la forma en que fue contratado, fue desestimada por el A-Quo dado el interés que nace en ella en las resultas favorables del proceso para su consorte.

Por tanto, acreditada la prestación del servicio y la ocurrencia del accidente laboral el 3 de marzo de 2019, no contaba el fallador de primera instancia con elementos probatorios que lo llevaran a considerar que las labores fueron iniciadas por el actor el 3 de enero de 2019, como se indicó en la demanda, aún más cuando se probó que para esa data, la dueña del inmueble donde se cumplían las labores estaba fuera del país, tal como lo demostró la accionada solidaria con la copia del pasaporte que fue ordenada como prueba de oficio por el A-Quo.

Así mismo se encuentra acéfalo de prueba el despido planteado por el accionante, entendido como la voluntad del empleador de poner fin al contrato de trabajo por su decisión autónoma; lo cierto es que dentro del plenario ninguno de los testigos da cuenta de que el señor JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR o incluso la demandada solidaria, hayan expresado al actor su determinación de poner fin al contrato, pues al remitirnos al dicho de la cónyuge del demandante lo que se extrae es que éste no pudo volver al trabajo por las lesiones sufridas en el accidente laboral, mientras que el testigo JOSÉ RODOLFO RINCON FUENTES se limita a expresar que el día del accidente llegó a la clínica donde atendían al actor y luego fue contratado para reemplazarlo en las labores, así mismo indicó que posteriormente viajó a la ciudad de Bucaramanga luego de que fuera desvinculado de la obra, lo que lleva a inferir que cuando el testigo ceso de laborar en la obra esta no había culminado, incluso se echa de menos prueba de la fecha de culminación de la obra. Por tanto, no probado el despido por el trabajador, no es dable pregonar la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que correspondía al empleador acreditar la justa causa del mismo.

**6.3.1.** Lo expuesto deja igualmente sin piso el argumento del trato discriminatorio por el presunto despido en estado de discapacidad, por cuanto, reiteramos, no se ha probado que el actor fue despedido y menos que ello hubiese acontecido estando el demandante incapacitado, pues brillan por su ausencia las mismas en el plenario, y si bien se aportó el dictamen número 1067839382-206 del 19 febrero de 2021 emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bolívar, mediante el cual calificó al actor con una pérdida de capacidad laboral del 22,70% de origen laboral y con fecha de estructuración del 03 de marzo de 2019, ello no es suficiente para que se active la presunción del trato discriminatorio, si atendemos lo expuesto en la sentencia SL 711-2021 donde la Sala de Casación Laboral precisó:

***“Por ende, tampoco es como lo mencionó la censura, relativa a que el trabajador debe acreditar que el móvil de la terminación del vínculo es la discapacidad, sino demostrar que fue despedido y que se encontraba limitado en su salud en los grados previstos por el legislador, para que surja en su favor la protección legal, que conlleva a que sea el empleador quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes***

***a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial”.***

**6.3.2.** Por otra parte, se duele el accionante de las decisiones tomadas por el fallador de primera instancia frente a la indemnización plena de perjuicios que invoca en sus pretensiones, pero al examinar las razones de inconformidad expuestas en la alzada y confrontarlas con las consideraciones plasmadas en la sentencia de primera instancia, queda al descubierto que no hay en los argumentos de la parte actora alguno que tienda a refutar, contradecir o retarle valor a lo decidido sobre este aspecto puntual.

A la anterior conclusión se llega por cuanto el A-Quo precisó en la sentencia que no se habían demostrado los perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, como tampoco el daño a la vida en relación; textualmente sostuvo lo siguiente: *“No se demostró lucro cesante, es decir, los gastos que se generó en esta persona, no se demostraron en el plenario”*; en cuanto al daño emergente, *“no se demostró cuando culminó la obra y el tiempo en que permaneció incapacitado y no pudo laborar”*, refiriéndose al demandante; sobre los perjuicios morales sostuvo *“están al arbitrio del juez”* e impuso condena por cinco salarios mínimos; y finalmente acerca del daño a la vida en relación dijo *“no se accede a los 50 salarios que pide, ... no basta que se afirme que lo padeció, sino que debe ser probado”*, es decir, el debate se centra en determinar la existencia o no de las pruebas que acrediten los perjuicios sufridos, o, en dado caso, si la parte actora estaba exonerada de probar los mismos.

Sin embargo, dentro de la alzada los argumentos del actor se limitaron a afirmar: *“La ley 100/93 en su artículo de seguridad social y protección laboral y con el Decreto 1295 de 1994, establecen todos los esquemas que se requieren para dar protección a los trabajadores de todas las empresas del sistema general de seguridad social en salud; en el caso en discusión, en una obra en construcción el trabajador no está exento de sufrir un accidente de trabajo y enfermedad profesional en cada una de la obra”*; a renglón seguido anotó: *“También apelo la indemnización de los perjuicios morales y psicológicos, así como también la indemnización de los perjuicios materiales consistentes en el lucro cesante debido o vencido y futuro y la indemnización de daño a la vida en relación y alteración de las condiciones de existencia en 50 salarios mínimos”*; nótese que en ninguna parte de la sentencia se ha desconocido la ocurrencia del accidente de trabajo, por el contrario, el A-Quo así lo declaró, por lo que resultaría irrelevante centrar la discusión frente a las normas que lo regulan, pero si salta a la vista la ausencia de argumentos a través de los cuales se refute la afirmación del fallador en cuanto a que los perjuicios no se encontraban acreditados, o que aludan a prueba que si los demuestre; sobre este tópico oportuno se torna citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando al examinar un asunto de similares contornos indicó en sentencia 237-2021:

***“En primer lugar, conviene recordar que cuando el cargo se encamina por la vía de los hechos, como aquí ocurre, el censor tiene la carga de acreditar de manera razonada la concreta equivocación en que incurrió la colegiatura en el análisis y valoración de los medios de convicción y su incidencia con lo decidido en la sentencia impugnada, que lo llevó a dar por probado lo que no está y a negarle evidencia a lo que sí, yerros que surgen a raíz de la equivocada valoración o falta de apreciación de la***

*prueba calificada, esto es, el documento auténtico, la confesión judicial y la inspección judicial.*

*En ese orden, no es cualquier desacierto el que puede dar lugar a la anulación de lo resuelto por el juez de segunda instancia, en tanto son sólo aquellos errores que provienen de la lectura abiertamente equivocada de un elemento probatorio, esto es, que tenga la connotación de manifiesto y abiertamente contrario a lo que objetivamente muestran las pruebas del proceso o cuando se deja de valorar un medio de convicción. Al efecto, la Sala tiene adoctrinado que el error de hecho en materia laboral, «se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida» (CSJ, SL 11 feb. 1994, rad. 6043)”.*

Y es que la falencia encontrada en la alzada resulta de gran trascendencia, porque la ausencia de argumentos que controviertan lo concluido por el juez de primera instancia frente a la orfandad de prueba de los perjuicios, imposibilita a la Sala a pronunciarse sobre la indemnización plena de perjuicios reclamada, pues la competencia de la Sala al desatar la apelación debe ceñirse a los puntos materia de inconformidad frente a la sentencia objeto de ataque, pero en el caso estudiado, la parte actora no plantea ningún ataque sobre este tópico; sobre este tópico se indicó, entre otras en la SL 5290-2021 lo siguiente:

*“De conformidad con lo previsto en el artículo 66A CPTSS «la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación» (CSJ SL10405-2014, SL 440-2021).*

*De tal manera que el juez de segunda instancia debe sujetarse a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia. Bajo esta lógica, el juzgador no tiene competencia para resolver otros aspectos ajenos a la relación jurídico procesal, sino estrictamente aquellos controvertidos por las partes en el recurso vertical (CSJSL 440-2021).*

*Ahora bien, precisa la jurisprudencia (CSJ SL440-2021) que:*

*La Corte ha precisado que con la referida restricción el legislador quiso focalizar la actividad jurisdiccional y materializar el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido en la Ley 712 de 2001, por lo que las partes están obligadas a concretar con exactitud los motivos por los que se apartan de la decisión judicial.*

*Asimismo, es preciso destacar que mediante sentencia C-968-2003, la Corte Constitucional condicionó la aplicación de la figura de la consonancia en materia laboral, bajo el entendido de que «las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador».*

*Conforme lo anterior, la Constitución Política le impone al ad quem la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, de modo que tales aspectos que de forma implícita estén cobijados en la impugnación, hacen parte de su competencia funcional, siempre y cuando: (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados (CSJ SL2808-2018).*

**6.3.3.** Finalmente se queja el accionante de la omisión de disponer la indexación de las condenas impuestas, atendiendo a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pero basta examinar la sentencia para percatarnos que en ella se dispuso la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del C.S. del T., por tanto, atendiendo los precedentes de la Sala de Casación Laboral, se tornaba improcedente la indexación reclamada.

Sobre el tema se precisó en la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral el 30 de octubre de 2012, radicado 36216, que:

*“Se sigue de lo dicho, que si en la sentencia fustigada se condenó a la entidad a pagar la indemnización moratoria, debió exonerarse de la indexación reclamada, ya que sólo procede cuando no se da la primera, conforme al criterio que ha mantenido la Corte, desde la sentencia del 20 de mayo de 1992, radicación 4645, reiterada entre otras, en la del 20 de abril de 2007, radicación 28336, cuando asentó:*

*“Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del Derecho del Trabajo. "Lo anterior se concluye en virtud de que el artículo 65 del C.S.T. dispone una indemnización al trabajador por el patrono o empleador a causa del incumplimiento de éste de la obligación de pagar a aquél las acreencias laborales resultantes a la terminación del contrato de trabajo y de que la obligación por falta de pago oportuno al trabajador en los casos aludidos antes, en que la ley laboral no reconozca la compensación de perjuicios causados por la mora”.*

Así las cosas, no encuentra la Sala reparo a las decisiones tomadas en la sentencia frente a las pretensiones de la parte actora.

**6.4.** Pasando a la inconformidad que frente a la sentencia planteo el curador ad litem que representa al demandado JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, quien considera debe tenerse como verdadera empleadora del actor a la señora ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES, por cuanto fue ella quien ejerció el poder de subordinación al impartir la orden de laborar el día domingo 3 de marzo de 2019, día en que aconteció el accidente laboral, advierte la Sala que no es de recibo tal argumento por cuanto no hay una sola prueba que lo respalde, ninguno de los testigos arrimados dan cuenta de tal circunstancia y debe tenerse presente que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, acorde con el artículo 167 del CGP aplicable al laboral por remisión del artículo 145 del CPL, por lo que no basta afirmar, hay que probar.

Cierto es que el demandante en su interrogatorio aseguró que fue la accionada solidaria la que impartió la orden de laborar el señalado domingo, no obstante, su afirmación igualmente carece de respaldo probatorio, amén de que solo podría tenerse como prueba las afirmaciones expuestas por la parte en cuanto sean adversas a sus intereses, dado que el fin del mismo es la confesión. Sobre este tópico sostuvo esta Colegiatura en providencia adiada 27 de abril de 2022, radicado 23 001 31 05 003 2019 0502, MP Dr Marco Tulio Borja Paradas, que:

“las declaraciones de parte no constituyen prueba en cuanto a hechos que las benefician, sino únicamente respecto a hechos que comporten confesión, *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (vid. Sentencias SL2373-2020, SL4594-2019, STL9684-2018, STL8125-2014 y SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177)

3.3. Incluso, aún bajo el alero del CGP, estatuto procesal que, según algunos, da relevancia probatoria a la declaración de parte también para los hechos que esta afirma, porque, en todo caso, no ha de perderse de vista que vendría a ser un dicho de sujeto parcializado, y, por ende, de naturaleza sospechosa, lo que entonces impone la necesidad de que otras pruebas lo corroboren, lo que aquí no acontece. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Civil, en en sentencia SC4791-2020, reiterada en la SC3255-2021, discurrió:

“la aplicación del ordenamiento adjetivo consagrado en el Código General del Proceso, en aras de dar valor probatorio a la simple declaración de parte (art. 191 *in fine*), no impone al juez el acogimiento, sin más, de tal versión; por el contrario se previó en dicha regla que *«[l]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas»*.

Esto traduce que la estimación del juzgador acerca del acervo probatorio sigue siendo conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

En otros términos, la declaración de parte no tiene valor de plena prueba, pues esta no fue la intención del legislador de 2012, de allí que la versión dada por el demandante en el *sub lite* no pudiera ser acogida, *per se*, como pareciera implorarlo en su embate casacional, siendo menester confrontarla con los restantes elementos suasorios, a lo que se sigue” Se destaca.

Razones suficientes para no acoger los argumentos del citado apelante.

6.5. Por su parte, el apoderado de la accionada ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES centra su queja con la sentencia apelada en que no fue acreditada dentro del proceso el tipo de relación que existió entre el demandante y su representada, y por tanto indica no hay solidaridad.

Para desatar este punto hay que reiteras lo expuesto al inicio de las consideraciones de esta providencia, en el sentido de que la señora MORALES TORRES fue citada al proceso como deudora solidaria y atendiendo a que es la dueña del inmueble donde el actor desarrollaba sus labores, por lo que se pide que, en su condición de beneficiaria de la obra se le condene de forma solidaria.

Ello torna oportuno citar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo que prevé:

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

*2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable,*

*en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*“Esta figura jurídica [la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral (como parece hacerlo la oposición), pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede*

*también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes. (CSJ SL 14038, 26 sep. 2000)”*

Así las cosas, demostrado como está que el empleador del demandante lo fue el señor JOSE NAFER RODRIGUEZ AGUILAR, quien fuera contratado como maestro de obra por la señora ISAURA BEATRIZ MORALES TORRES, con el objeto de reparar una vivienda de su propiedad, lo que ella mismo admitió en su interrogatorio, no podría menos que concluirse entre ellos se presentó la relación de contratista independiente y beneficiaria de la obra, por lo que se dan los presupuesto del artículo 34 para considerar la solidaridad entre ellos, sin que se imprescindible la existencia de relación laboral entre el trabajador y la beneficiaria de la obra, pues esta última está llamada a responder como garante de las acreencias laborales.

No puede ser de recibo el planteamiento expuesto por el apoderado de esta parte apelante en los alegatos de conclusión allegados en esta instancia, en los cuales aduce que su representada no es la propietaria del inmueble, pues ello constituye un argumento novedoso que no fue planteado dentro del debate surtido en la primera instancia, y la prueba que acompañó para acreditar la propiedad en esta colegiatura tampoco fue allegada en la oportunidad procesal oportuna, por lo que valorarla en esta instancia constituiría una vulneración al debido proceso dado que no se brindó la oportunidad de la contraparte de ejercer su contradicción.

Atendiendo las consideraciones precedentes, no encuentra la Sala reparos a la sentencia de primera instancia y por ello procederá a confirmarla.

#### **6.6. Costas.**

No hay lugar a condena en costas en esta instancia, atendiendo las resultas de la alzada.

### **7. DECISIÓN**

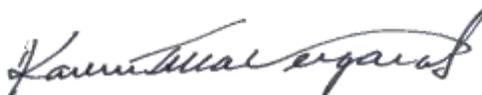
En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, acorde con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE****KAREM STELLA VERGARA LOPEZ****Magistrada****CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**  
**Magistrado****PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ**  
**Magistrado**

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL  
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ  
Radicado N° 23-001-31-05-004-2020-00133-01 FOLIO 448-21**

**MONTERÍA, QUINCE (15) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y la vinculada PROTECCION contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE RAFAEL CASTILLO PACHECO contra las recurrentes, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. Demanda**

Pretende el actor JOSE RAFAEL CASTILLO PACHECO, se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR a trasladar todos los aportes de su cuenta de ahorro individual con sus respectivos incrementos e intereses al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

**2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:**

- Inició su vida laboral el 06 de noviembre de 1990 con el empleador Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E, fue afiliado a los riesgos de vejez y muerte en el régimen de prima media

administrado por CAJANAL y luego al antiguo Instituto de Seguro Social, hoy COLPENSIONES.

- Que fue visitado por los asesores de COLMENA hoy PORVENIR, quienes lo persuadieron para que se cambiara de régimen pensional con el argumento de que iba a obtener una mejor pensión.

- Que se afilió a COLMENA hoy PORVENIR desde el mes de noviembre 1998 y actualmente sigue vinculado a ese fondo con un total de 759 semanas cotizadas.

- Que los asesores de PORVENIR nunca le ofrecieron una información clara de las consecuencias del traslado de regímenes, por ejemplo, que perdería los beneficios establecidos en la ley 100 de 1993 en cuanto al porcentaje de liquidación, monto de la pensión de vejez y edad para pensionarse, como tampoco le informaron que en el RAIS el monto de la pensión depende del capital ahorrado.

- Que solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media el 3 de febrero de 2020 y este fue negado.

### **2.3. Contestación y trámite**

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepción previa y excepciones de mérito.

**2.3.1.** PORVENIR propuso excepción previa de *inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario* solicitando llamar al plenario a PROTECCIÓN S.A. y como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.*

**2.3.2.** COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexó causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe y prescripción.*

**2.3.4.** En la audiencia inicial, en la etapa de decisión excepciones previas, el A-quo declaró probada la excepción de *Inepta Demanda por Falta de Integración del Litisconsorcio Necesario* propuesta por PORVENIR S.A; se ordenó notificar a la entidad convocada a la Litis sociedad PROTECCIÓN S.A. del auto admisorio de la demanda y demás actuaciones del proceso, y se suspendió el proceso por un termino de hasta seis (6) meses, para que fueran efectuadas las diligencias de notificación.

**2.3.5** surtido lo arriba mencionado, PROTECCION S.A contestó la demanda y propuso las excepciones de *ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, prescripción, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, buena fe, e inominada o genérica.*

**2.3.7** El demandante reformó la demanda así:

1. *Reformar la demanda en cuanto al acápite de los hechos 4,5 y 10 y la pretensión primera. Es así como quedara así;*

*Hecho 4°) Me indica mi mandante que fue visitado por asesores de COLMENA hoy PROTECCION S.A quienes lo persuadieron para que se cambiara de régimen pensional con el argumento de que se podía pensionar mejor que en colpensiones*

*5°) Me relata mi mandante que se afilio COLMENA hoy PROTECCION S.A desde el mes 10 del 1998 y hoy día a la presentación de la demanda sigue vinculado a dicha entidad.*

*10).Me enseña mi poderdante que los asesores de PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A jamás le informaron que en el Régimen de Ahorro Individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado.*

*Pretensión PRIMERA DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de JOSÉ RAFAEL CASTILLO PACHECO identificado con la cc N° 78.672.363 a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Los demás hechos y pretensiones quedaran tal y como se transcribieron en la demanda.*

Reforma admitida por el despacho mediante auto 17 de junio de 2021, en el cual ordeno correr traslado a las demandadas.

**2.3.8** Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, profiriéndose:

### **III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA**

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, fundamentados en tesis consolidadas en precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema

de Justicia en su sala de casación laboral referente a la ineficacia de traslado de regímenes pensionales, y el deber de información que tienen los fondos privados para explicar con precisión los alcances que tiene el cambio de régimen a las personas que se les puede ver afectado su derecho pensional. Sustenta que la carga de la prueba radica en cabeza de PROTECCION y PORVENIR para demostrar que sus funcionarios suministraron toda la información requerida para que la decisión del demandante fuera espontánea, transparente e imparcial y con la conciencia de los derechos que se verían afectados, y que con el solo formulario no se cumple con los requisitos jurídicos para la actuación de traslado, lo que constituye una falta de información.

El A-quo declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES hoy PROTECCION y luego trasladado a HORIZONTE hoy PORVENIR, manifestó que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado, es decir, se mantiene la afiliación del demandante a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior condenó a PORVENIR y PROTECCION devuelva a COLPENSIONES los rendimientos financieros, los gastos de administración, bonos pensionales y valores utilizados en seguros provisionales que tenga a favor del demandante.

Declaró no probadas las excepciones fondo propuestas por todas las demandadas. Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCION Y COLPENSIONES.

#### **IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

##### **4.1. Apelación de COLPENSIONES**

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que en casos como el presente los negocios jurídicos celebrados entre el demandante y los fondos privados deben considerarse como tal, y de ese modo se debe estudiar mediante el artículo 1495 del código civil, siendo así pertinente la declaratoria de prescripción ya que se evidencia que el primer traslado realizado data de una fecha muy anterior al año 1998. Sostiene que Colpensiones ha sido solo un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico y traslados realizados por el demandante ante los diversos fondos. Afirma que con los traslados realizados entre los fondos quedó demostrado su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no al régimen de prima media con presentación definida.

Solicita que en segunda instancia se estudie la posibilidad de que sean los fondos privados quienes solventen todos y cada uno de los emolumentos que tendría lugar el demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así mismo solicita que se estudie el caso de que la multivinculación del demandante fue resuelta por vía administrativa por ASOFONDOS, motivo por el cual se tendría que la única afiliación válida que tendría el demandante es la que actualmente ostenta ante PORVENIR.

Arguye que con el fallo se está vulnerando la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones establecido en el artículo 98 de la constitución, además que al demandante le faltan menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra en la prohibición legal para trasladarse.

#### **4.2 Apelación de PORVENIR**

Manifiesta que se aparta de los argumentos esbozados por el despacho, debido a que la afiliación inicial o traslado de régimen pensional se realizó en el año 1998 con la entidad que hoy se conoce como PROTECCION, tiempo después el demandante se trasladó de fondo a HORIZONTE dentro del mismo régimen en el año 2014, por tanto, para esa fecha no fue la entidad a la que representa la que realizó esa afiliación, y dicho acto fue un decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación como documento público en donde se aprecia la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Sostiene que no es bien recibido que sean condenados a la devolución de gastos de administración, ya que no dan lugar a ser trasladados por cuanto fueron causados de tracto sucesivo al administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, afirma que al respecto se debe mencionar, bajo el concepto de la superintendencia financiera, que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura ante la vigencia de la póliza, tampoco la comisión de la administración, si se ordena el traslado de estos gastos se configura un enriquecimiento ilícito de Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

#### **4.3 Apelación de PROTECCIÓN**

Expone que interpone el recurso de apelación de manera parcial con el numeral 5° de la sentencia, que se refiere a los gastos de administración. Indica que no se puede hablar de la devolución de esos dineros porque la aseguradora es un tercero de buena fe dentro de esa

relación, por ello no puede sufrir las consecuencias de este. Sostiene que se debe tener claridad de que el contrato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad es de tracto sucesivo, por lo cual termina con la declaratoria de ineficacia, afirma que no se pueden devolver las cosas al estado anterior ya que las prestaciones se fueron dando en el tiempo, por eso terminan los efectos del contrato, no se anulan.

Manifiesta que, si entendemos que el contrato termina en este punto, producto de una declaratoria de ineficacia y que por tanto se tiene unos rendimientos financieros, estamos entendiendo también que se genera unos gastos de administración, pero no existe un rendimiento financiero sin gastos de administración, entonces por lo que devolver ambos dineros es un contrasentido, no puede ser entendido ni siquiera por una sanción, porque este tipo de sanciones solo tendría que tenerse en cuenta como una norma, que no existe en este caso, por tanto, solicita se revoque el fallo de primera instancia en cuanto a la devolución de gastos de administración.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que el acto de afiliación o traslado, se constituye en un contrato, que se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones, tal como se lee y se interpreta para este caso en particular del art. 1495 del Código Civil, que indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.*

*En este sentido, la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula. En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula.*

*Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.*

*La afiliación es un acto formal mediante el cual una persona natural, vinculada laboralmente o no a un empleador, en forma libre y espontánea diligencia y entrega, debidamente firmado, a la entidad administradora de pensiones de su elección, el formulario establecido para el efecto, surgiendo así obligaciones legalmente definidas para el administrador como para el afiliado.*

*(...)*

*También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003.*

*Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección, la cual se puede ejercitar por cualquier medio verificable previamente aprobado por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad,*

*Teniendo en cuenta esto fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces teniendo en cuenta se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos se le puede condenar en costas, por lo tanto Honorables Magistrados, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a COLPENSIONES, de cualquiera condena"*

## **5.2 Alegatos de PROTECCION S.A**

*"(...) manifiesto en que no existe una razón para la declaratoria de ineficacia pedida pues el acto de traslado de régimen fue realizado con pleno cumplimiento por la normatividad y jurisprudencia vigentes para el momento en que fue realizado. Al realizar el traslado, si bien existía deber de información este no tenía reglas particulares sobre como ejercerlo y probarlo, la única obligación particular de mi defendida al respecto era dejar la voluntad plasmada en un formato de afiliación como efectivamente se hizo.*

*Además es evidente de la lectura de la demanda que lo pretendido es que no se le aplique la consecuencia de una norma jurídica como es la variación en las condiciones pensionales frente al RPMPD, lo que por definición constituye un error de derecho, el cual conforme el artículo 1509 el código civil (aplicable a este caso por remisión) no vicia el consentimiento y mucho menos podría tornarlo ineficaz, toda vez que si es un consentimiento dado válidamente debería generar todos los efectos y tampoco se puede perder de vista que los derechos que se puedan desprender del acto de afiliación realizado en 2004 se encuentran prescritos conforme el artículo 151 del C.P.T. y 488 del C.S.T., pues no obstante lo manifestado por la H. Corte suprema de Justicia, este no es un proceso pensional sino el que decide los efectos jurídicos de un acto.*

*No obstante lo anterior, en el hipotético caso en que sea declarada la nulidad o ineficacia del acto demandado, NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de cuotas de administración, toda vez que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que han tenido sus efectos pues los rendimientos financieros no*

*son automáticos, sino producto de la administración. Unos dineros no administrados o al administrados antes de generar rendimientos tienden a disminuirse.*

*Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo;*

*Los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, porque existen obligaciones cumplidas que no son posibles devolver, así que lo más parecido a dejar las cosas sin efectos es terminarlos como vienen porque lo contrario significaría enriquecimiento para una de las partes y en este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCIÓN S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.*

*Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se confirme la orden a PROTECCIÓN S.A. de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en pro de la demandante un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada..*

### **5.3 Alegatos de PORVENIR S.A.**

*“(…) No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.*

*Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.*

*De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.*

*De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre*

*derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.*

*Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.*

*Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.*

*(...)*

*Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.*

*(..)*

*Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.*

#### **5.4 Alegatos del demandante**

*“El suscrito respeta pero no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de alzada, pues en este proceso lo que se echa de menos es la FALTA DE INFORMACIÓN DOCUMENTADA, en donde se le haya dado a conocer al potencial afiliado los por menores acerca de las consecuencias ya sean positivas o negativas que traía consigo el cambio de régimen pensional, lo cual no se hizo por parte del fondo de pensiones PORVENIR S.A al momento de la afiliación, lo que a las claras es una violación a lo establecido en el artículo 13 literal b, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993 respectivamente,*

*el cual reza que la afiliación al sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria, y si esto no fuera así la afiliación quedaría sin efectos.*

*De este tema también ha doctrinado nuestra HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL en una larga trayectoria jurisprudencial sobre este tópico, que data desde el año 2008, cuando esta corporación emitió la sentencia hito con ponencia del M.P. Eduardo López Villegas de fecha 9 de septiembre de 2008, Expediente 31989, así como también más tarde promulgo la Sentencia SL12136-2014 Radicación N° 46292, MP Elsy del Pilar Cuello Calderón, las cuales han sido enfáticas en disponer que la falta de información al momento de efectuar un cambio de régimen pensional dicha afiliación queda sin efecto, así mismo ha dispuesto que en estos casos la carga la prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, las cuales tienen el deber de demostrar que en verdad le suministraron la información de manera documental, caso contrario debe declararse la ineficacia de ese traslado con todas las consecuencias que ello trae, es decir, el traslado de todos los aportes hechos en vigencia de la afiliación al RAIS, más los rendimientos financieros con destino al régimen de prima media.*

*Ahora aterrizando en el caso que nos ocupa podemos afirmar con total certeza que al demandante no se le dió toda la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen, pues era el fondo de pensiones quien tenía la obligación de advertirle con documento alguno acerca de los pro y los contra, los beneficios y perjuicios que traía el cambio de régimen, como por ejemplo que se le explicara sobre el monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, o la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS, pero encontramos que brilla por su ausencia en el expediente documento que demuestre que al demandante se le brindó esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, por lo cual es acertada la decisión del a-quo de decretar la ineficacia del traslado pensional del actor, y debe confirmarse la sentencia”*

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **6.1. Presupuestos procesales**

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

### **6.2. Problema jurídico a resolver**

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de los fondos privados PORVENIR S.A y PROTECCION S.A en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. *(iii)* si opera la prescripción.

### 6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del régimen de prima media con prestación definida, ..... De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del régimen de ahorro individual.”* 1

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión

libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema es pertinente traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

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

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

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

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

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

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

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

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

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

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

*“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus*

**derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.**

***Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.***

***(...)***

***Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.***

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por PROTECCION S.A, se indica que el señor JOSÉ RAFAEL CASTILLO PACHECO efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por ese fondo, el 01 de octubre de 1998 con efectividad a partir del 01 de noviembre de 1998.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a PROTECCION S.A demostrar que al momento del traslado le ofreció al demandante toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS) y no lo hizo, por tanto, ha de concluirse que PROTECCION no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas<sup>1</sup>, en la que refirió:

---

<sup>1</sup> Reiterada por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2019 dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00325.01 FOLIO 302-2019. M.P. y en sentencia del 05 de abril de 2019 dentro de proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00192.01 FOLIO 097-2019, por la Sala Segunda del Tribunal, que preside el mismo magistrado.

*“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 esta libertad es cualificada, pues trátase 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 consciencia. 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 código civil 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 SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.*

*En el caso, solo está acreditada la suscripción de la 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 resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.*

*(...)*

*(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

*(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.*

En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

*“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”*

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que el demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de PROTECCION S.A. a PORVENIR S.A que realizó el 06 de octubre de 1999, con efectividad a partir del mes de diciembre de 1999, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada el demandante al RAIS, sin importar que hayan -o no- participado en el acto de afiliación inicial, pues la ineficacia implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5686-2021, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ que:

*“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada:*

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.*

*Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados.*

*Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).*

*Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente. Es decir que, aún en estos casos, la transgresión de la ley por parte de las entidades administradoras puede generar consecuencias jurídicas.*

*Ahora, debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.*

Ahora bien, resulta acertado ordenar a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Así mismo, ordenar a PROTECCION S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo que estuvo afiliado el señor JOSE RAFAEL CASTILLO PACHECO.

Sobre este tópico sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que

*“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.*

*En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*

*Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración*

*y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.*

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

*“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:*

*[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

*Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...)”*

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Con relación a lo manifestado por la parte demandada COLPENSIONES, que el actor no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez, si bien es cierto es una prohibición que está 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 cambiar de régimen por acto voluntario.

Proponen los accionados la excepción de prescripción, la que no está llamada a prosperar atendiendo lo expuesto en la SL-1689 del 201, M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

*“En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.*

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PROTECCION, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

*“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”.*

#### **6.4. COSTAS.**

El numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de las entidades demandadas, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

## VII. DECISIÓN.

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

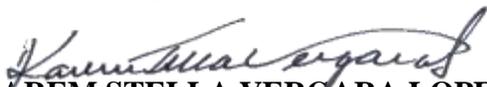
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de las entidades apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

### NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

  
**KAREM STELLA VERGARA LOPEZ**

Magistrada

  
**CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**  
Magistrado

  
**PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ**  
Magistrado