



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 270-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00162-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 23 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAFAEL ANTONIO DURANGO PADILLA contra SERVITAXI LIMITADA.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Se pide la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante como trabajador, y la demandada

como empleador, que cobró vigencia desde el 2 de noviembre de 2.011 hasta el 31 de junio de 2.018, y, como consecuencia, se condene a los demandados a pagar a la demandante las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales detallados en la demanda.

Con sustento fáctico de lo anterior, en resumen, se afirmó en el libelo genitor que, durante los extremos temporales señalados, el demandante laboró como conductor del vehículo taxi UQD 423 de propiedad de ENILDA BENÍTEZ OLIVERO, afiliado a la empresa demandada; vinculo laboral que fue terminado por despido sin justa causa, sin que se le pagaran las prestaciones sociales y demás rubros sociales y laborales reclamados con la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia del despido injusto e ilegal, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación y temeridad y mala fe.*

2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se practicó el interrogatorio de

parte al actor y se recibió el testimonio de NEREIDA ARROYO VALENCIA.

III. LA SENTENCIA CONSULTDA

A través de esta, se declaró probada la excepción de mérito de inexistencia de contrato de trabajo propuesta por la demandada, y, por consiguiente, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que el actor no cumplió con la carga de acreditar el vínculo laboral.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Los voceros judiciales de las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: (i) si acreditó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por la labor del actor de conductor de un taxi afiliado a la empresa demandada; y, de ser

así, **(ii)** los extremos temporales de ese vínculo laboral; y, **(iii)** si hay lugar a la procedencia y liquidación de las acreencias laborales reclamadas con la demanda.

Para dilucidar lo anterior, se ha de establecer a quién impone la Ley la condición de empleador de los conductores de taxis afiliados a empresas habilitadas para la prestación de ese servicio de transporte público individual.

3. Por mandato legal son las empresas de taxis las que han de contratar laboralmente a los conductores de sus vehículos afiliados

3.1. Conforme a los artículos 15 de la Ley 15 de 1959 y 36 de la Ley 336 de 1996, los conductores de vehículos taxis deben ser contratados directamente por la empresa de transporte a la cual está vinculado ese vehículo. Así lo preceptúan esas normas:

“ARTICULO 15 El contrato de trabajo verbal o escrito de los choferes asalariados del servicio público se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables”. Ley 15 de 1959

“ARTÍCULO 36. Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será

solidariamente responsable junto con el propietario del equipo”. Ley 336 de 1996.

3.2. El gobierno nacional quiso modificar los anteriores preceptos, o más concretamente al artículo 36 de la ley 336 de 1996, a través de los Decretos 1122 de 1999 y Decreto 266 de 2000, en el sentido de dejar como facultativo de las empresas de transportadoras contratar a los conductores de los vehículos vinculados a las mismas que no sean de su propiedad. No obstante, tales Decretos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-923 de 1999 y C-1316 de 2000.

3.3. Así que, hoy por hoy, los conductores deben ser contratados directamente por las empresas de transportes, y no por los propietarios de los vehículos, porque eso es lo que establece el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 (que recobró vigencia con la inexecutable del Decreto 112 de 1999) y 15 de la Ley 15 de 1959, e incluso, esa es la voluntad actual de quien tiene a cargo la intervención y vigilancia del transporte público, la que se refleja, por ejemplo, en el artículo 2.2.1.2.2.2. del Decreto 1079 de 2015 que establece:

“Las empresas operadoras serán las encargadas de contratar directamente al personal de conductores, a través de contratos de trabajo en los términos y condiciones que para el efecto se establezcan en las normas laborales vigentes”.

3.4. La Corte Constitucional (**Sentencia C-579 de 1999**) y la Sala Segunda de Descongestión de Casación Laboral (**Sentencia SL21091-2017**), han encontrado en la necesidad de proteger los derechos laborales de los conductores de vehículos de transporte público, la razón del legislador de imponer que los conductores de transporte público sean vinculados laboralmente y directamente por la empresa transportadora a la cual está afiliado el vehículo. No obstante, a juicio de este Tribunal, a dicha razón hay que agregar otra, cual es la necesidad esencial de brindar un servicio público de transporte seguro.

3.5. En efecto, la Ley 336 de 1996, desde su inicio, concretamente en su artículo 2° señala que: «*La seguridad, especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del Sector y del Sistema de Transporte*»; y, a su turno, la Ley 105 de 1993, también en sus inicios, concretamente en su artículo 2, literal e). y artículo 3, dice casi lo mismo. Por ejemplo, el primer precepto señalado se establece: «*e. DE LA SEGURIDAD: La seguridad de las personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte*».

3.6. Es que el transporte público, por ser un servicio público (pues es de necesidad colectiva) y constituir una actividad peligrosa, tiene un alto intervencionismo estatal, en aras de lograr, entre otros objetivos, que ese servicio sea prestado en

forma segura. Por ende, los equipos de transporte público (entiéndase vehículos) deben ser conducidos por persona verdaderamente capacitadas para ello, y, obviamente, por personas que no se valgan de ese rol para atentar contra la libertad, el patrimonio y demás bienes y derechos de los pasajeros o usuarios, razón por la cual la normatividad del sector transporte impone que los conductores sean seleccionados o contratados directamente y hasta capacitados por las empresas de transportes.

3.7. Entonces, bajo el panorama descrito, sería manifiestamente contradictorio que el Estado imponga la prestación del servicio de transporte a través de empresas¹, las que, para tal efecto, deben cumplir toda una cantidad de requisitos (por ejemplo, una capacidad financiera o capital mínimo, estructura organizativa, etc. -Vid. Decreto 172 de 2.001, compilado en el Decreto 1079 de 2.015, art. 2.2.1.3.2.3.), para después aceptar o tolerar que los conductores sean empleados directos de los propietarios de los vehículos, lo que contravendría abiertamente claros mandatos legales, que, por demás, son de orden público, pues las normas regulatorias de transporte y tránsito son también normas de derecho público y de policía que involucran uno de los elementos esenciales del concepto de orden público: la *seguridad*.

¹ Excepcionalmente el servicio de transporte de taxi puede ser prestado por personas naturales (Vid. Decreto 172 de 2001, artículo 14), pero no es lo relevante en el presente caso, porque aquí el vehículo que conducía el actor estaba vinculado a una empresa de taxi.

3.8. En sintonía con lo anterior está el precedente judicial de la Honorable Sala de Casación Civil, que, aunque refiriéndose a la responsabilidad civil extracontractual de las empresas transportadoras, resalta el carácter de orden público de las normas de transportes y la razón de la imperiosidad de que tales empresas sean las que directamente contraten a los conductores de los vehículos afiliados a las mismas. Así, en sentencia **SC1084-2021**, ese órgano límite expresó:

“Entonces, el propósito del contrato de vinculación de un automotor a una sociedad transportista es posibilitarle la prestación del servicio público de traslado de pasajeros u objetos para el cual fue autorizada por el Estado, aval que se otorga con base en la capacidad transportadora acreditada, al tenor del artículo 22 de la ley 336 de 1996, según el cual *«[t]oda empresa del servicio público de transporte contará con la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación de los servicios otorgados.»*

La razón de ser de la aludida consagración legal **atañe al orden público**, porque tiende a regular el uso de automotores en una actividad que concierne al Estado, como es el transporte público en sus diversas modalidades, sometido a reglas de intervención.

Efectivamente, el literal b del artículo 2º de la ley 105 de 1993 lo dispone expresamente al señalar que *«(c)orresponde al estado la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas»*, todo por las implicaciones de índole económico y social que genera tal servicio público, pues a

través de él son suplidas necesidades de la ciudadanía, básicas las más de las veces.

Además, su desarrollo tiene implicaciones para la industria de ese ramo, a nivel local, departamental y nacional, y en actividades que requieren el traslado de distintos insumos, entre otros servicios.

Por consecuencia, la responsabilidad en la ejecución de tal servicio requiere de las empresas transportadoras la facultad de tener bajo su control los bienes y el personal necesario para prestar el servicio, por tratarse de requisitos exigidos por el Estado para la concesión de la autorización.

De allí que sea del resorte de las sociedades transportadoras contratar directamente a los conductores de los vehículos,

conforme al artículo 36 de la ley 336 de 1996, según el cual «*[l]os conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo*»; así como velar por el mantenimiento adecuado de los automotores (art. 38); entre otras obligaciones.

En pasada oportunidad y aludiendo a dichas cargas, la Corte decantó que:

En el sentido que se acaba de exponer la Corporación dejó sentado, teniendo como punto de referencia las normas incorporadas en el decreto 1393 de 1970, “vigente para la época de ocurrencia de los hechos, que las empresas de transporte son, por definición, una unidad de explotación económica permanente, con los equipos, instalaciones, y órganos de administración adecuados para efectuar el acarreo de personas o bienes de un lugar a otro (art. 9º), que las mismas deben poseer un sistema adecuado de mantenimiento

de los vehículos, bien que lo hagan por cuenta propia o faciliten a los demás los medios para hacerlo (art. 21); que deben forzosamente contratar los conductores y les asignan los honorarios (arts. 2º, 47 y 51); que son las que elaboran tanto el reglamento de funcionamiento como el interno de trabajo (arts. 9º y 24); las que, cuando no son propietarias de todos los vehículos, los vincula 'por cualquier forma contractual legalmente establecida' (art. 9º), y en fin, la de que una vez obtenida la licencia de funcionamiento, que la acredita encontrarse en posibilidad 'de prestar el servicio público de transporte terrestre automotor' (art.23), obtiene la tarjeta de operación de los vehículos"(G. J., t. CXCVI, pag.155). (CSJ SC de 20 jun. 2005, rad. 7627)

Con otras palabras, mientras un vehículo se encuentre vinculado a una sociedad transportadora a raíz de un convenio suscrito en tal sentido con su propietario, aquella no podrá exonerarse de la responsabilidad extracontractual como la auscultada en el *sub judice*, aduciendo haber pactado con este que la administración, control y, en general, disposición del rodante no estaría en cabeza del ente social sino del dueño del vehículo; alianza en ese sentido es contraria a su propósito, como es la entrega del bien a una empresa dedicada al ramo del transporte público, máxime si el artículo 13 de la ley 336 de 1996, aludiendo a la autorización que otorga el Estado para prestar el servicio público de transporte, prevé que «[l]a *habilitación es intransferible a cualquier título. En consecuencia, los beneficiarios de la misma no podrán celebrar o ejecutar **acto alguno** que, de cualquier manera, implique que la actividad transportadora se desarrolle por persona diferente a la que inicialmente le fue concedida, salvo los derechos sucesorales.*» (Resaltado ajeno).

En suma, al margen de que el contrato de afiliación izado por Transportes Sarvi cumpla los requisitos impuestos por las autoridades administrativas para autorizarle la prestación de este servicio público de transporte que presta -aspecto en el cual no incursiona la Corte por no ser de su competencia-, lo cierto es que tal convenio no desvirtúa la posición de guardiana de la actividad

desarrollada con el coche causante de la colisión generadora del presente litigio”. Se desataca y subraya.

3.9. Así que, *acuerdos de voluntades o contratos (cualquiera que sea su denominación) con los que se propenden obviar el imperativo legal de la empresa de transporte público individual tipo taxi, de contratar laboral y directamente a los conductores de los vehículos vinculados a la misma, desconocen la ley, y, por ende, presentan objeto o causa ilícita, razón por la cual no han de reconocérsele validez a los mismos, como tampoco ha de acolitarse la praxis ilegal de una empresa de transporte individual tipo taxis de limitarse a vender o cobrar a los propietarios, poseedores o tenedores de los vehículos, la vinculación y las tarjetas de operación y control, siendo que, por imperativo legal y de orden público, insoslayablemente son ellas y no aquéllos, las que prestan el servicio de transporte, y, para ese efecto, son a ellas a quienes el Estado les otorga la habilitación respectiva, previa acreditación de sustanciales exigencias.* No es admisible, entonces, que las empresas de taxis sean simples expedidoras y cobradoras de vinculaciones de automotores y de tarjetas operativas.

3.10. En lo que concierne al presente caso, otea la Sala que la misma demandada aceptó y aportó prueba de que el vehículo taxis UQD 423, que conducía el actor, estaba vinculado a ella para efectos de la prestación del servicio de transporte público

individual tipo taxi², y, además, expidió múltiples tarjetas de control, con respecto al demandante desde abril de 2016 a abril de 2018³.

4.2. Recuérdese que, la tarjeta de control *«es el documento único que autoriza a un vehículo automotor para prestar el servicio público bajo la responsabilidad de una empresa de transporte, de acuerdo con el radio de acción autorizado»* (Decreto 172 de 2001, artículo 39); y, la tarjeta de operación es *«es un documento individual e intransferible expedido por la empresa de transporte, que sustenta la operación del vehículo y que acredita al conductor como el autorizado para desarrollar esta actividad, bajo la responsabilidad de la empresa de transporte debidamente habilitada a la que se encuentra vinculado el equipo»* (Decreto 1047 de 2014, artículo 9°).

4.3. Luego, resulta evidente que la actividad de conductor de taxi que desempeñó el actor, concierne a un transporte público prestado con un vehículo vinculado a la demandada como empresa transportadora, quien es la habilitada para operar ese servicio y, por tanto, esa empresa fue la que estuvo expidiendo la tarjeta de control a favor del demandante.

4.4. En ese orden de ideas, por mandato legal (leyes 336 de 1996 -art.36- y 15 de 1955 -art. 15-) y reglamentario (Decreto

² Vid. Certificación de la demandada, PDF. *«05ContestacionDemanda20210805»*, pág. 18.

³ Vid. Certificación de la demandada, PDF. *«05ContestacionDemanda20210805»*, pág. 19.

1079 de 2015, art. 2.2.1.2.2.2.2.), de carácter imperativo y de orden público, el contrato laboral del actor como conductor del vehículo taxis UQD 423, se impone es con la empresa transportadora a la cual está o estuvo ese vehículo vinculado para cuando el actor ejecutó personalmente su labor de conductor.

4.5. Y si bien, en el caso, la empresa demandada con el dicho del demandante y el testimonio de NEREIDA ARROYO VALENCIA, acreditó que no fue ella la que seleccionó ni impuso horarios al actor, y que, del contexto del acervo probatorio, dejó todo ello a la suerte de la propietaria del vehículo ENILDA BENÍTEZ OLIVERO, también es cierto que no demostró que aquél haya ejercido la actividad de conductor sin sujeción a condiciones impuestas por dicha propietaria, lo que era de su incumbencia, porque, por mandato imperativo de las normas, los propietarios y poseedores de los vehículos, al ser únicamente solidarios responsables de las empresas de transportes, tendrían entonces el carácter de intermediarios de las mismas en concordancia con el artículo 33-2° del CST, y, por consiguiente, el poder subordinante que ejercen sobre los taxistas de sus vehículos, comprometen a las mentadas empresas que vinculan dichos vehículos y expiden las tarjetas de operación de estos y las de control para sus conductores.

Con otras palabras: si una empresa de taxis, pretende desvirtuar la presunción de contrato de trabajo, acreditando que el conductor actuó autónomamente, le incumbirá probar que no

solamente ella, sino también los propietarios o poseedores de los vehículos taxis vinculados a la misma, no ejercieron poder subordinante sobre esos conductores respecto de los cuales la transportadora expidió las tarjetas de control, ya que, como se dijo, el ejercicio del poder subordinante por parte de esos propietarios o poseedores, ha de entenderse ejercido en nombre de quien, por normas imperativas, es el empleador, vale decir, la empresa de transporte.

Es en el anterior contexto que ha de entenderse el siguiente pasaje jurisprudencial de la Sentencia **SL21091-2017**, invocado por el apoderado de la parte demandada en los alegatos de conclusión vertidos antes de la sentencia consultada:

“Ahora bien, dice el Juez Colegiado, que «no advierte otra modalidad contractual diferente a través de la cual se vinculen los conductores del servicio público distinta a la prevista legalmente, y ello atiende a una finalidad protectora del legislador respecto de este gremio especialmente desprotegido».

No resulta desacertada la interpretación realizada por el ad quem, en la medida que de tales disposiciones surge el imperativo de que las relaciones entre conductor y la empresa de transporte público estén regidas por un contrato de trabajo, pues cumple la función de blindar a quienes presten servicios en favor de aquel que se beneficie de tal labor.

Y es que no puede desconocerse que las normas atacadas propenden garantizar a los conductores de los equipos de transporte, condiciones dignas de trabajo y el pago de acreencias laborales con el fin de que se ajusten a criterios de equidad.

Ello no quiere decir, que entre estos sujetos no pueda desdibujarse tal contratación y derribarse dicha presunción, cuando se omita alguno de tres elementos constitutivos del contrato de trabajo instituidos en el art. 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, este articulado guarda total consonancia con el artículo 15 de la Ley 15 de 1959 que reglamenta la vinculación de los conductores del servicio público, y su ejecución debe estar soportada en el cumplimiento integral de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y dependencia, y la remuneración, elementos estos que, conforme a las consideraciones plasmadas ante el cargo primero, no fueron derrotados por el censor”.

3.6. Puestas así las cosas, se impone la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa demandada, cuyos extremos temporales lo son del 30 de abril de 2.016 al 30 de abril de 2.018, pues la demandada acepta haber expedido al actor tarjetas de control para conducir el vehículo taxis UQD 423, en los entretiempos de abril de 2.016 a abril de 2.018, y, aún más, al sustentar la excepción de prescripción afirma como hito temporal final de la actividad personal del demandante, el 30 de abril de 2.018, por lo que, ha de asumirse que, por lo menos en las fechas precisas ya indicadas, hubo certeza que el actor ejecutó el servicio personal que hace presumir la relación de trabajo.

3.7. Dicho lo anterior, lo que sigue es el examen de la procedencia y liquidación de los rubros laborales reclamados con la demanda, poniendo de presente que, si bien aquí se desata la consulta, no es dable ejercer facultades extra y ultra petita, porque ello sólo es del resorte del juez de primera o única instancia (Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral).

3.8.1. Para el anterior estudio, resulta pertinente dilucidar previamente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, quien asevera que, como la relación con el demandante culminó el 30 de abril de 2.018 y la demanda fue presentada el 29 de junio de 2.021, se configuró el término trienal de prescripción previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

3.8.2. Lo anterior no es de recibo, porque pasa por alto el extremo pasivo que, por virtud de la Pandemia Covid 19, se dio la suspensión de los términos de prescripción por 3 meses y 15 días desde el 16 de marzo al 1° de julio del año 2020, conforme al Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 564 del 2020, situación ante la cual, debe colegirse que, a la fecha de la presentación de la demanda, 29 de junio de 2.021,

cabe descontar la mentada suspensión, y, por consiguiente, ha de prosperar la prescripción sólo para las prestaciones causadas y exigibles hasta el 13 de marzo de 2.018, salvo las vacaciones que prescriben a los 4 años contados desde su causación y, la cesantía cuya prescriptibilidad inicia a partir de la fecha en que finaliza el nexo contractual (**Vid. CSJ Sentencias SL1087-2020, SL2407-2019 y SL2931-2019**).

3.9. Asumirá la Sala como monto del salario del actor, el mínimo legal, habida cuenta que no aparece acreditado un monto distinto (**Vid. Sentencias SL3568-2018, SL3009-2017 y SL11156-2017**).

3.10. Con la demanda se reclama las condenas al pago de primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, devolución de los aportes a la seguridad social, dotaciones, indemnización por despido sin justa causa y por despido en estado de incapacidad, y las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 90 de la Ley 50 de 1.990.

3.11. En cuanto a las primas de servicios, vacaciones e intereses de cesantías, sólo son procedentes la prima del primer semestre de 2.018 de forma proporcional, las vacaciones del año 2017 y la proporcional de 2018, y los intereses de las cesantías del 2.018, porque la exigibilidad de todo ello fue con posterioridad al 13 de marzo de 2018. Las cesantías no están prescritas, porque las mismas son exigibles a partir de la

terminación del contrato, sin importar de la obligación del empleador de consignarlas anualmente (**Vid. CSJ Sentencias SL1087-2020, SL2407-2019 y SL2931-2019**).

Conforme lo anterior, los montos de los anteriores rubros no prescritos son los que dan cuenta la siguiente tabla explicativa:

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO MENSUAL	PRIMA DE SERVICIOS	CESANTÍAS	INTERESES CESANTÍAS	VACACIONES
30/04/16	31/12/16	240	\$ 689,455.00	Prescritas	\$ 459,636.67	Prescritos	Prescritas
01/01/17	31/12/17	360	\$ 737,717.00	Prescritas	\$ 737,717.00	Prescritos	\$ 368,858.50
01/01/18	30/04/18	120	\$ 781,242.00	\$ 260,414.00	\$ 260,414.00	\$ 10,416.56	\$ 130,207.00
Subtotales:				\$ 260,414.00	\$ 1,457,767.67	\$ 10,416.56	\$ 499,065.50

3.10. En lo atinente a la devolución de los aportes a la seguridad social, dotaciones, e indemnización por despido sin justa causa y por despido en estado de incapacidad, se negará la condena al pago de los mismos por falta de prueba.

3.10.1. En efecto, la parte actora afirma haber pagado los aportes de la seguridad social, pero no acreditó el monto específico que pagó por ese concepto, razón por la cual no hay lugar a la condena que reclama.

3.10.2. Respecto de las dotaciones, ante el no suministro de la mismas, al trabajador demandante le incumbe demostrar que esa omisión le causó perjuicios, y, como en el caso ello no fue probado, se impone la negación de este concepto (**Vid. CSJ Sentencias SL3084-2022, SL1639-2022 y SL5754-2014**).

3.10.3. Y, en lo referente a la indemnización por despido sin justa causa y por despido en estado de incapacidad, el demandante no probó el despido, lo cual era de su carga probatoria (**Vid. CSJ Sentencias SL2432-2020, SL2053-2020, SL18082-2016 y SLSL8825-2017**).

311. Respecto a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 por no consignación anual de las cesantías, no es dable su condena, porque es un rubro prescriptible, siendo el conteo de esa prescripción de manera anualizada (**CSJ-Sentencia SL4411-2021 y SL4608-2019**), y, en el caso, la sanción por las concernientes a los años 2.016 y 2017, se empezaron a causar mucho antes de la fecha que se fijó como referente de la prescripción, esto es, antes del 13 de marzo de 2.018.

Con respecto a las cesantías de 2.018, lo pertinente no es esta sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino la del artículo 65 del CST, porque en esa anualidad terminó el vínculo laboral, y, por consiguiente, lo que se imponía era su pago directo al empleador.

3.12. Y en punto a la mentada sanción del artículo 65 del CST, que concierne a la mora o falta de pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, en el caso, sí se impone la condena.

3.12.1. Lo anterior porque, además del no pago de las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, no cabe predicar la buena fe de la demandada, pues no hay razón atendible para que ésta haya incumplido la normatividad imperativa de fungir como la empleadora directa del demandante, y, por ende, solventar los derechos laborales de éste. Así que, insístase, no es dable predicar su buena fe, cuando las normas que le imponen su rol de empleador son claras, y, para el caso, no hay justificación alguna para no haberlas acatado.

3.12.2. Ahora, en cuanto a la liquidación de la sanción moratoria en mención, si bien aquí se estableció como monto del salario el mínimo legal, ello fue porque el demandante no probó cifra distinta; empero, como el invocó devengar más del mínima legal, concretamente señaló que su promedio era de \$30.000,00 diarios para el 2.018, ello significa que debió presentar la demanda dentro de los 24 meses a la finalización del vínculo laboral, a fin de que la sanción moratoria del artículo 65 del CST, con la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 789 de 2.002, consistiera en un (1) día de salario por cada día de retardo durante aquél lapso, e intereses moratorios a partir del mes 25 (**Vid. CSJ Sentencias SL2432-2022, SL2411-2022, SL2805-2020; SL2805-2020; SL-2140-2019; SL2966-2018; SL16280-2014; SL10632-2014; y, SL, 6 de may. de 2010, No. 36577**).

Mas como la demanda la presentó después de los 24 meses a la terminación del contrato de trabajo, siendo que, como se dijo, había invocado devengar un salario superior al mínimo legal, lo que corresponde es condenar a título de la sanción moratoria en referencia, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde la terminación del contrato y hasta que se efectúe el pago correspondiente al total de las prestaciones sociales adeudadas, esto es, sobre la suma de \$1,718,181.67, que corresponde a la sumatoria total de lo adeudado por concepto de prima de servicios (\$ 260,414.00) y cesantías (\$ 1,457,767.67).

Para lo anterior no se toma en cuenta las vacaciones, porque éstas no son prestaciones sociales, razón por la cual lo que procede es su indexación conforme al IPC. Tampoco los intereses de las cesantías, porque, por la falta de pago de éstas, lo que procede es la indemnización prevista en el artículo 5 de la Ley 52 de 1.975, la cual no fue pedida.

4. Indexación

4.1. La sanción moratoria es incompatible con la indexación. No obstante, aquélla no impide la indexación del monto de los rubros distintos a salarios y prestaciones sociales a los que está vinculado la referida moratorio (**Vid. CSJ Sentencias SL713-2019 y SL3576-2019**).

4.2. Consecuente con lo antes dicho, corresponde imponer la indexación de las condenas por concepto de vacaciones e intereses de cesantías, porque el no pago de éstas no causa sanción moratoria aquí reconocida, además que la indexación tiene sustento en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución (**Vid. SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras**), y, dicha indexación, procede de oficio, es decir, aun cuando no haya sido solicitada (**Vid. CSJ Sentencias SL5290-2021, SL3650-2021, SL3239-2021, SL859-2021 y SL359-2021**).

5. Excepciones de mérito

5.1. La demandada propuso las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia del despido injusto e ilegal, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación y temeridad y mala fe*.

5.2. El estudio en los acápites anteriores, es suficiente para tener como no probadas las excepciones de *inexistencia del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, pago, temeridad y mala fe*; para declarar probada de forma parcial la de *prescripción*; y, tener como probadas la de *inexistencia del despido injusto e ilegal*.

5.3. En cuanto a la excepción de compensación, no probó la parte demandada que el actor le deba suma alguna, por ende, no hay lugar a declarar probada esta excepción.

3. Costas

Como la parte demandada resultó vencida, debe pagar las costas de la primera instancia a la parte demandante. Le corresponderá al A quo tasar las agencias en derecho (CGP, art. 365 y 366).

En cuanto a este segundo nivel jurisdiccional, no se impondrá condena en costas, porque lo desatado fue el grado jurisdiccional de consulta.

VII. DECISIÓN

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada descrita en el pórtico de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada las excepciones de mérito de *inexistencia del contrato de trabajo, cobro de lo no*

debido, pago, compensación temeridad y mala fe; DECLARAR probada de forma parcial la de prescripción; y, DECLARAR probadas la de inexistencia del despido injusto e ilegal.

TERCERO: CONDENAR a SERVITAXI LIMITADA a pagar a RAFAEL ANTONIO DURANGO PADILLA, las siguientes sumas:

- a) \$ 260,414.00, por concepto de prima de servicios.
- b) \$ 1,457,767.67, por concepto de cesantías.
- c) \$ 10,416.56, por concepto de intereses de cesantías.
- d) \$ 499,065.50, por concepto de vacaciones.
- e) Intereses moratorios del artículo 65 del CST, sobre el sobre el monto de las condenas por concepto de de prima de servicios y cesantías, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde el 1° de mayo de 2.019 y hasta que se efectúe el pago de la suma de \$1,718,181.67.

Parágrafo: La condena por concepto de vacaciones en intereses de cesantías, deben ser indexadas conforme al IPC, a la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Costas como se indicó en la parte motiva.

SEXTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 270-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00162-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	3
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Por mandato legal son las empresas de taxis las que han de contratar laboralmente a los conductores de sus vehículos afiliados.....	4
4. Indexación	21
5. Excepciones de mérito.....	22
3. Costas	23
VII. DECISIÓN	23
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.....	25

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 272-2022

Radicación n° 23-001-31-05-004-2021-00151-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual.

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala los recursos de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de 24 de agosto de 2.022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por JHON JAIRO TORO JARAMILLO en contra de HERNÁN ENRIQUE RAMOS GUTIÉRREZ.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se pide la declaración de la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido, que cobró vigencia desde el 13 de marzo de 2.006 hasta el mismo día y mes del año 2.019, y, en consecuencia, se condene al demandado a pagar al demandante, los reajustes salariales, prestaciones sociales, indemnizaciones, aportes de seguridad social y otros rubros indicados en la demanda.

1.2. Hechos

Los hechos fundantes de las pretensiones, compendiados y resumidos, se contraen a que entre las partes existió el contrato de trabajo arriba especificado, porque el actor prestó sus servicios de cuidador, celador y administrador de un parqueadero público, por órdenes del demandado, quien dio por terminado el contrato, sin pagar las acreencias laborales y sociales demandadas.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo la existencia de un contrato de asociación para la explotación económica de un lote, bajo la modalidad de un parqueadero; y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la relación laboral o contrato de trabajo pretendido y prescripción*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron legamente. En la última, se practicó el interrogatorio a las partes y se recibieron los testimonios de NOHORA CECILIA RICARDO VIDAL DE THEVENING, ROSSANA JOSE CLAUDIA HOYOS RODRIGUEZ y ANA GABRIELA GUERRA BARON (solicitados por la parte actora); y, de LUIS IGNACIO AREAS MORENO, AMAURY GONZALEZ ARISMENDY, OMAR ALFREDO PATERNINA SALGADO y ELKIN MANUEL RAMOS GUTIERREZ (pedidos por la parte demandada).

III. LA SENTENCIA APELADA

Accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, al estimar que, según las pruebas recaudadas, la relación entre las partes fue de carácter laboral desde el 31 de diciembre del año 2006 hasta el día 12 de noviembre del año 2019. Negó la

sanción moratoria y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, concretamente de las prestaciones causadas hasta el 3 de abril de 2.018.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

El vocero judicial de la parte demandante apeló la sentencia inicial, por no haberse accedido a las sanciones moratorias, no haberse tenido en cuenta que la prescripción la interrumpió el actor con su derecho de petición del 31 de diciembre de 2.020; y, por no haberse condenado al reajuste salarial pretendido.

2. Apelación de la parte demandada

El demandado, quien ha actuado en causa propia, mostró inconformidad con la sentencia del Juzgado, exponiendo que la relación no consistió en un contrato de trabajo, sino el de una asociación o de prestación de servicios, ni tampoco fueron demostrados los extremos temporales, el despido, el sueldo ni la subordinación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo el demandado presentó alegaciones, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con la sustentación de las respectivas apelaciones.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos tanto de eficacia y validez del proceso, por ende, corresponde desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico

Como quiera que, en la etapa de alegaciones de conclusión de la segunda instancia, no es viable incluir nuevos puntos o inconformidades no formulados en la sustentación de la apelación (Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014; CST, art. CPTSS, art. 66-A), corresponde a la Sala determinar:

Por virtud de la apelación **de la parte demandada:** (i) si la relación entre las partes fue laboral; de ser así, si se acreditaron

(ii) los extremos temporales, el salario y la subordinación; y, (ii) si hay lugar a la indemnización por despido injusto.

Por virtud de la apelación de la parte actora, y en caso que no prospere el primer reparo de la apelación del demandado, se deberá establecer: (i) si hay lugar a las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST y 95 de la Ley 50 de 1990; (ii) al reajuste salarial deprecado con la demanda; y, (iii) si el término de prescripción lo interrumpió el actor con el derecho de petición del 31 de diciembre de 2.020.

3. La relación entre las partes no fue de índole laboral

3.1. El A quo concluyó que entre las partes existió un contrato laboral, al estimar que, conforme al dicho de todos los testigos, el actor prestó sus servicios personales al demandante, atinentes a la administración de un parqueadero en el lote que éste posee.

3.2. En contraste, la parte demandante, con su apelación, aduce que la relación no es laboral, sino de asociación o de prestación de servicios.

3.3. Pues bien, empiécese la Sala por recordar que, cuando se discute entre las partes la existencia de un contrato de trabajo,

al demandante que alega dicho contrato le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (**Vid. CST, arts. 23 y 24; y, Sentencias CSJ SL377-2022, SL577-2020, SL1762-2018, SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**).

3.4. En el caso, de dicho de todos los testigos, tanto los que fueron solicitados por la parte actora (NOHORA CECILIA RICARDO VIDAL DE THEVENING, ROSSANA JOSE CLAUDIA HOYOS RODRIGUEZ y ANA GABRIELA GUERRA BARON), como los solicitados por la parte demandada (LUIS IGNACIO AREAS MORENO, AMAURY GONZALEZ ARISMENDY, OMAR ALFREDO PATERNINA SALGADO y ELKIN MANUEL RAMOS GUTIERREZ), se extrae que el actor sí prestó sus servicios personales a favor del demandado HERNÁN ENRIQUE RAMOS GUTIÉRREZ, pues se encargó de un parqueadero localizado en el lote de la esquina de la carrera 9 con calle 32, Montería, labor que el referido convocado le encomendó.

3.4. Luego, ha de aceptarse que se activó la presunción de contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del CST, sin que sea esencial que el demandado sea o no el propietario del referido inmueble, habida cuenta que, conforme a todos esos

testimonios, e incluso a su dicho en el interrogatorio de parte que absolvió, fue él quien explotaba con el demandante el parqueadero establecido en dicho inmueble.

3.5. Ahora, en punto a establecer si hay prueba en el proceso que desvirtúe la subordinación laboral, y, por ende, la presunción de contrato de trabajo, es pertinente puntualizar dos premisas fundamentales:

3.5.1. Una primera, es que el contrato de trabajo no es el único en el que una de las partes se obliga a prestar un servicio personal. En el mundo jurídico hay muchísimos otros que pueden envolver como obligación contractual, la ejecución de un servicio personal, lo cual puede acontecer en el marco de los contratos, verbigracia, de agencia comercial, comisión, preposición, consignación o estimatorio, mandato, prestación de servicios, sociedad (incluso de hecho), entre muchos otros; este último, porque, por ejemplo, uno o varios socios puede ser industriales, que vienen a ser aquellos cuyo aporte social lo es su industria o trabajo personal (C. de Co., art. 2081; y, C.C., art. 137).

Así que, a pesar de la indiscutible importancia del contrato de trabajo para la subsistencia digna de las personas, y, por ende, su especial protección (C.P., arts. 25 y 53), ello no significa la desaparición del mundo jurídico y de la praxis de los demás contratos que también crean como obligación de alguna

de las partes, o de todas, la ejecución de servicios personales de forma autónoma. Sobre el particular, la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL2996-2021**, señaló:

“(…) no puede perderse de vista que, desde luego, el lindero entre la coordinación y la subordinación en relaciones comerciales en contratos como el mandato con o sin representación, la agencia comercial, el corretaje, el de cuentas en participación, el de concesión, el contrato de sociedad con el aporte laborioso del socio industrial, o incluso el mismo contrato de prestación de servicios, con frecuencia se ubica en una zona gris de difícil discernimiento, donde resulta probable que sea atraído el criterio del fallador por el espejismo de la sumisión propia de las relaciones de trabajo, sin serlo.

(…).

La visión puramente laboral de las relaciones contractuales no puede suponer la inhabilitación o el decaimiento del espíritu comercial de ciertos convenios privados legítimos, siempre y cuando la realidad no lleve a concluir lo contrario”. Se subraya y se destaca.

En términos idénticos a la anterior, también las sentencias **SL1261-2021, SL5471-2018, SL3174-2018, SL1009-2021, SL5094-2019, SL3909-2018 y SL15386-2017**.

3.5.2. Y la segunda premisa, que es ya de carácter probatorio del sub lite, es que, ninguno de los testigos afirmó

algún acto del demandado que denote el ejercicio de subordinación sobre el demandante, como, por ejemplo, el otorgamiento de permisos para ausentarse de la labor, imposición de sanciones, cambio unilateral de las condiciones del contrato, alguna orden impartida, etc. Simple y llanamente afirmaron los testigos, que el actor estuvo encargado del parqueadero del lote cuya propiedad atribuían al demandado, de lo que infirieron, sobre todo los testigos del demandante, que aquél era trabajador de este último.

3.6. Dicho lo anterior, pásese a señalar que, en el caso, a pesar de haberse activado la presunción de contrato de trabajo, lo cierto es que la Sala halla prueba desvirtuadora de la subordinación, y lo es el propio dicho del demandante corroborado por el del testigo LUIS IGNACIO AREAS MORENO.

En efecto, el mismo demandante, al absolver el interrogatorio de parte, aceptó que, para ausentarse de su labor, lo hacía sin necesidad pedir permiso, y, lo que es más fundamental para descartar la subordinación laboral, él mismo buscaba su reemplazo, e incluso, remuneraba con su pecunio a ese sustituto (Vid. Minutos: 00:01:21 a 00:02:08 y 00:02:24 a 00:03:02). Asimismo, el mentado testigo LUIS IGNACIO AREAS MORENO manifestó que muchas veces cuando llegaba al parqueadero, no encontraba al demandante, sino a otro que éste dejaba en su reemplazo (Minutos: 01:21:18 a 01:21:31).

Lo anterior permite arribar a la exclusión de la subordinación laboral, y, con ello, el derruye de la presunción del contrato de trabajo, al tenor de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral. Por ejemplo, ésta en la Sentencia **SL9801-2015**, reiterada en las sentencias **SL3545-2022**, **SL166-2022**, y **SL3572-2020**, expresó:

“[...] conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación; **sin embargo, cuando se logra demostrar que, en el desarrollo de la relación, el contratista realmente tuvo la autonomía para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente o a través de otra persona, la subordinación desaparece**, dado que el primer elemento de la relación laboral, en este caso, no fue esencial en el contrato que ligó a las partes”. Se destaca.

3.7. A lo anterior, que es ya suficiente para tener por descartada la subordinación laboral, se suman otros hechos también significativos de la autonomía de la que gozó el actor. Así, **(i)** él era quien pagaba el servicio de energía eléctrica del inmueble donde funcionaba el parqueadero (Vid. Minutos: 00:58:40 a 00:58:46); de los demás servicios públicos, el inmueble no contaba con los mismos. **(ii)** disponía para sí del

pago que hacían quienes parqueaban los vehículos esporádicamente (Minutos: 00:59:39 a 01:00:01). Y, aún más, (iii) unilateralmente estableció en dicho bien otra actividad económica para su exclusivo lucro, cual fue la cría de gallos de riña, sin ninguna participación del demandado.

3.7. En el contexto de lo expuesto, realmente se evidencia que, como lo ha afirmado el demandado, realmente éste se asoció con el actor, aportando aquél el lote y el último su trabajo, para la explotación económica de ese inmueble con un parqueadero, en el que el demandante tenía derecho a participar de las utilidades en un determinado porcentaje.

3.8. Deviene de lo anterior, la prosperidad de la excepción de mérito de *inexistencia de la relación laboral* propuesta por la parte demandada, y, por consiguiente, la negación de todas las pretensiones de la demanda, y la innecesariedad de dilucidar los reparos de la apelación de la parte actora, porque están cimentados en la existencia entre las partes de un vínculo laboral que, como quedó decantado, realmente no se tipificó.

4. Costas

Dado que la parte actora resultó vencida en el proceso, hay lugar a imponer condena en costas a su cargo, en favor de la parte demandante (CGP, art. 368-4°).

Por el trámite de esta segunda instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículos 2° y 5°, numeral 1°). Se fija en ese monto, que corresponde al tope mínimo, porque la parte actora, en esta segunda instancia no resistió los reparos de la apelación de la parte demandada, la que sí intervino presentando alegaciones de conclusión.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida dentro del proceso que quedó identificado en el pórtico de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de mérito *inexistencia de la relación laboral*, y, en consecuencia, **NEGAR** todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 272-2022	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	4
1. Apelación de la parte demandante.....	4
2. Apelación de la parte demandada.....	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales	5
2. Problema jurídico	5
3. La relación entre las partes no fue de índole laboral	6
4. Costas	12
VII. DECISIÓN	13
RESUELVE:	13
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	14



MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado sustanciador

FOLIO 278-2022

Radicación n° 23-001-31-05-005-2022-00015-01

(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, con respecto a la sentencia de 9 de septiembre de 2.022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por RAMÓN ALBERTO BERROCAL HERNÁNDEZ contra MADERAS DEL SINÚ LIMITADA y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El demandante pide que se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez calculado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años (Ley 100/93, art.21), y, por consiguiente, a pagar el retroactivo pensional y la indexación.

1.2. Hechos

En compendio, se aduce que COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB 335948 de 9 diciembre de 2.019, reconoció al actor la pensión de vejez a la luz de la Ley 100 de 1.993, pero que no le fue liquidada en debida forma su monto pensional.

2. Trámite y contestación a la demanda

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A quo accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, a través de la resolución arriba señalada, porque el IBL correcto es de \$4,100,090, calculado con los salarios de los 10 años anteriores al reconocimiento; y, que, conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1.993, la tasa de reemplazo correcta es la del 80%, por haber cotizado el demandante 1.915 semanas; por lo que la mesada pensional correcta para el 2.019, corresponde a la suma de \$3.281.193,00, y no a la que fijó la demandada en \$3.198.890.00, y, en consecuencia, condenó al pago de \$3.748.607,00, por concepto de retroactivo pensional indexado hasta la fecha de esa sentencia, así como el sucesivo que se causare.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, aduce COLPENSIONES que, a pesar de contar el demandante con más de 1.250 semanas, su pensión de vejez le fue liquidada de forma correcta, pues dio aplicación a los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1.993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2.003, por ende, no hay lugar al retroactivo pensional, y como actuó de buena fe tampoco a la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta segunda instancia, únicamente alegó de conclusión COLPENSIONES, reiterando los fundamentos de la apelación.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades sustentada con la apelación y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a una entidad en la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede reliquidar la pensión reconocida por COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB SUB 335948 de 9 diciembre de 2.019. Para tal efecto, ha de establecerse: **(ii)** si el A quo, estableció correctamente el IBL y la tasa de reemplazo; y, de ser así, **(iii)** si el retroactivo pensional establecido por el inferior, es el correcto.

En lo anterior consistirá el estudio panorámico del litigio, porque las partes no discuten que el actor cotizó un total de 1.915 semanas; que causó la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003; y, que el disfrute de la misma es a partir del 10 de septiembre de 2.019.

3. La liquidación del IBL

3.1. Teniendo en cuenta (i) el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años, pues así lo pidió el actor con su demanda y, además, no apeló tampoco la sentencia que sí fue apelada por COLPENSIONES y es materia de consulta a favor de dicha entidad, más no a favor de la demandante; y, (ii) el método indicado por la honorable Corte para la liquidación del IBL (Vid. Sentencias SL3501-2022 y SL3156-2022, entre otras), efectuadas las operaciones de rigor, ello arroja un IBL de \$4,101,492,00, que coincide con el establecido por el A quo, Según lo ilustra la siguiente tabla explicativa:

LIQUIDACION PENSION ULTIMOS 10 AÑOS								
AÑO	MES	SALARIO	IPC INICIAL	IPC FINAL	SLR ACTUALIZADO	DIAS	DIAS IBL	IBL PERIODO
2009	septiembre	\$ 2,019,000	69.80	100.00	\$ 2,892,550.14	30	3600	24,105
	octubre	\$ 1,873,000	69.80	100.00	\$ 2,683,381.09	30	3600	22,362
	noviembre	\$ 1,640,000	69.80	100.00	\$ 2,349,570.20	30	3600	19,580
	diciembre	\$ 4,529,000	69.80	100.00	\$ 6,488,538.68	30	3600	54,071
2010	enero	\$ 2,497,000	71.20	100.00	\$ 3,507,022.47	30	3600	29,225
	febrero	\$ 2,282,000	71.20	100.00	\$ 3,205,056.18	30	3600	26,709
	marzo	\$ 1,789,000	71.20	100.00	\$ 2,512,640.45	30	3600	20,939

Rad. 23-001-31-05-005-2022-00015-01. Folio 278-2.022.

LIQUIDACION PENSION ULTIMOS 10 AÑOS								
AÑO	MES	SALARIO	IPC INICIAL	IPC FINAL	SLR ACTUALIZADO	DIAS	DIAS IBL	IBL PERIODO
	abril	\$ 2,293,000	71.20	100.00	\$ 3,220,505.62	30	3600	26,838
	mayo	\$ 3,098,000	71.20	100.00	\$ 4,351,123.60	30	3600	36,259
	junio	\$ 4,115,000	71.20	100.00	\$ 5,779,494.38	30	3600	48,162
	julio	\$ 2,420,000	71.20	100.00	\$ 3,398,876.40	30	3600	28,324
	agosto	\$ 5,427,000	71.20	100.00	\$ 7,622,191.01	30	3600	63,518
	septiembre	\$ 1,904,000	71.20	100.00	\$ 2,674,157.30	30	3600	22,285
	octubre	\$ 2,054,000	71.20	100.00	\$ 2,884,831.46	30	3600	24,040
	noviembre	\$ 2,098,000	71.20	100.00	\$ 2,946,629.21	30	3600	24,555
	diciembre	\$ 4,563,000	71.20	100.00	\$ 6,408,707.87	30	3600	53,406
2011	enero	\$ 2,603,000	73.45	100.00	\$ 3,543,907.42	30	3600	29,533
	febrero	\$ 2,378,000	73.45	100.00	\$ 3,237,576.58	30	3600	26,980
	marzo	\$ 2,101,000	73.45	100.00	\$ 2,860,449.29	30	3600	23,837
	abril	\$ 2,136,000	73.45	100.00	\$ 2,908,100.75	30	3600	24,234
	mayo	\$ 3,426,000	73.45	100.00	\$ 4,664,397.55	30	3600	38,870
	junio	\$ 4,050,000	73.45	100.00	\$ 5,513,955.07	30	3600	45,950
	julio	\$ 5,256,000	73.45	100.00	\$ 7,155,888.36	30	3600	59,632
	agosto	\$ 2,892,000	73.45	100.00	\$ 3,937,372.36	30	3600	32,811
	septiembre	\$ 2,106,000	73.45	100.00	\$ 2,867,256.64	30	3600	23,894
	octubre	\$ 2,068,000	73.45	100.00	\$ 2,815,520.76	30	3600	23,463
	noviembre	\$ 2,159,000	73.45	100.00	\$ 2,939,414.57	30	3600	24,495
	diciembre	\$ 4,522,000	73.45	100.00	\$ 6,156,569.09	30	3600	51,305
2012	enero	\$ 2,689,000	76.19	100.00	\$ 3,529,334.56	30	3600	29,411
	febrero	\$ 1,973,000	76.19	100.00	\$ 2,589,578.68	30	3600	21,580
	marzo	\$ 1,996,200	76.19	100.00	\$ 2,620,028.88	30	3600	21,834
	abril	\$ 2,233,000	76.19	100.00	\$ 2,930,830.82	30	3600	24,424
	mayo	\$ 3,277,000	76.19	100.00	\$ 4,301,089.38	30	3600	35,842
	junio	\$ 4,229,000	76.19	100.00	\$ 5,550,597.19	30	3600	46,255
	julio	\$ 6,099,000	76.19	100.00	\$ 8,004,987.53	30	3600	66,708
	agosto	\$ 2,398,000	76.19	100.00	\$ 3,147,394.67	30	3600	26,228
	septiembre	\$ 2,209,000	76.19	100.00	\$ 2,899,330.62	30	3600	24,161
	octubre	\$ 2,260,000	76.19	100.00	\$ 2,966,268.54	30	3600	24,719
	noviembre	\$ 2,096,000	76.19	100.00	\$ 2,751,017.19	30	3600	22,925
	diciembre	\$ 4,817,000	76.19	100.00	\$ 6,322,352.01	30	3600	52,686
2013	enero	\$ 2,823,000	78.05	100.00	\$ 3,616,912.24	30	3600	30,141
	febrero	\$ 2,473,000	78.05	100.00	\$ 3,168,481.74	30	3600	26,404
	marzo	\$ 2,382,000	78.05	100.00	\$ 3,051,889.81	30	3600	25,432
	abril	\$ 2,225,000	78.05	100.00	\$ 2,850,736.71	30	3600	23,756
	mayo	\$ 3,549,000	78.05	100.00	\$ 4,547,085.20	30	3600	37,892
	junio	\$ 4,237,000	78.05	100.00	\$ 5,428,571.43	30	3600	45,238
	julio	\$ 5,345,000	78.05	100.00	\$ 6,848,174.25	30	3600	57,068
	agosto	\$ 3,290,000	78.05	100.00	\$ 4,215,246.64	30	3600	35,127
	septiembre	\$ 2,283,000	78.05	100.00	\$ 2,925,048.05	30	3600	24,375
	octubre	\$ 2,309,000	78.05	100.00	\$ 2,958,360.03	30	3600	24,653

Rad. 23-001-31-05-005-2022-00015-01. Folio 278-2.022.

LIQUIDACION PENSION ULTIMOS 10 AÑOS								
AÑO	MES	SALARIO	IPC INICIAL	IPC FINAL	SLR ACTUALIZADO	DIAS	DIAS IBL	IBL PERIODO
	noviembre	\$ 2,184,000	78.05	100.00	\$ 2,798,206.28	30	3600	23,318
	diciembre	\$ 4,947,000	78.05	100.00	\$ 6,338,244.71	30	3600	52,819
2014	enero	\$ 2,760,000	79.56	100.00	\$ 3,469,079.94	30	3600	28,909
	febrero	\$ 2,162,000	79.56	100.00	\$ 2,717,445.95	30	3600	22,645
	marzo	\$ 2,206,000	79.56	100.00	\$ 2,772,750.13	30	3600	23,106
	abril	\$ 2,595,000	79.56	100.00	\$ 3,261,689.29	30	3600	27,181
	mayo	\$ 3,658,000	79.56	100.00	\$ 4,597,787.83	30	3600	38,315
	junio	\$ 4,519,000	79.56	100.00	\$ 5,679,989.94	30	3600	47,333
	julio	\$ 5,936,000	79.56	100.00	\$ 7,461,035.70	30	3600	62,175
	agosto	\$ 2,363,000	79.56	100.00	\$ 2,970,085.47	30	3600	24,751
	septiembre	\$ 2,346,000	79.56	100.00	\$ 2,948,717.95	30	3600	24,573
	octubre	\$ 2,731,000	79.56	100.00	\$ 3,432,629.46	30	3600	28,605
	noviembre	\$ 2,048,000	79.56	100.00	\$ 2,574,157.87	30	3600	21,451
	diciembre	\$ 5,285,000	79.56	100.00	\$ 6,642,785.32	30	3600	55,357
2015	enero	\$ 2,701,000	82.47	100.00	\$ 3,275,130.35	30	3600	27,293
	febrero	\$ 2,975,000	82.47	100.00	\$ 3,607,372.38	30	3600	30,061
	marzo	\$ 2,633,000	82.47	100.00	\$ 3,192,676.12	30	3600	26,606
	abril	\$ 2,630,000	82.47	100.00	\$ 3,189,038.44	30	3600	26,575
	mayo	\$ 3,882,000	82.47	100.00	\$ 4,707,166.24	30	3600	39,226
	junio	\$ 4,897,000	82.47	100.00	\$ 5,937,916.82	30	3600	49,483
	julio	\$ 6,658,000	82.47	100.00	\$ 8,073,238.75	30	3600	67,277
	agosto	\$ 3,670,000	82.47	100.00	\$ 4,450,103.07	30	3600	37,084
	septiembre	\$ 2,810,000	82.47	100.00	\$ 3,407,299.62	30	3600	28,394
	octubre	\$ 2,262,000	82.47	100.00	\$ 2,742,815.57	30	3600	22,857
	noviembre	\$ 2,380,000	82.47	100.00	\$ 2,885,897.90	30	3600	24,049
	diciembre	\$ 5,507,000	82.47	100.00	\$ 6,677,579.73	30	3600	55,646
2016	enero	\$ 3,398,000	88.05	100.00	\$ 3,859,170.93	30	3600	32,160
	febrero	\$ 3,066,000	88.05	100.00	\$ 3,482,112.44	30	3600	29,018
	marzo	\$ 1,883,000	88.05	100.00	\$ 2,138,557.64	30	3600	17,821
	abril	\$ 2,545,000	88.05	100.00	\$ 2,890,403.18	30	3600	24,087
	mayo	\$ 4,003,000	88.05	100.00	\$ 4,546,280.52	30	3600	37,886
	junio	\$ 4,856,000	88.05	100.00	\$ 5,515,048.27	30	3600	45,959
	julio	\$ 2,694,000	88.05	100.00	\$ 3,059,625.21	30	3600	25,497
	agosto	\$ 6,204,000	88.05	100.00	\$ 7,045,996.59	30	3600	58,717
	septiembre	\$ 2,153,000	88.05	100.00	\$ 2,445,201.59	30	3600	20,377
	octubre	\$ 2,545,000	88.05	100.00	\$ 2,890,403.18	30	3600	24,087
	noviembre	\$ 2,647,000	88.05	100.00	\$ 3,006,246.45	30	3600	25,052
	diciembre	\$ 5,595,000	88.05	100.00	\$ 6,354,344.12	30	3600	52,953
2017	enero	\$ 3,766,000	93.11	100.00	\$ 4,044,678.34	30	3600	33,706
	febrero	\$ 3,131,000	93.11	100.00	\$ 3,362,689.29	30	3600	28,022
	marzo	\$ 2,945,000	93.11	100.00	\$ 3,162,925.57	30	3600	26,358
	abril	\$ 2,768,691	93.11	100.00	\$ 2,973,569.97	30	3600	24,780
	mayo	\$ 4,193,234	93.11	100.00	\$ 4,503,527.01	30	3600	37,529

Rad. 23-001-31-05-005-2022-00015-01. Folio 278-2.022.

LIQUIDACION PENSION ULTIMOS 10 AÑOS									
AÑO	MES	SALARIO	IPC INICIAL	IPC FINAL	SLR ACTUALIZADO	DIAS	DIAS IBL	IBL PERIODO	
	junio	\$ 5,305,339	93.11	100.00	\$ 5,697,926.11	30	3600	47,483	
	julio	\$ 4,094,973	93.11	100.00	\$ 4,397,994.84	30	3600	36,650	
	agosto	\$ 6,486,415	93.11	100.00	\$ 6,966,399.96	30	3600	58,053	
	septiembre	\$ 3,149,132	93.11	100.00	\$ 3,382,163.03	30	3600	28,185	
	octubre	\$ 3,878,395	93.11	100.00	\$ 4,165,390.40	30	3600	34,712	
	noviembre	\$ 3,069,023	93.11	100.00	\$ 3,296,126.09	30	3600	27,468	
	diciembre	\$ 7,017,174	93.11	100.00	\$ 7,536,434.32	30	3600	62,804	
2018	enero	\$ 3,168,465	96.92	100.00	\$ 3,269,154.97	30	3600	27,243	
	febrero	\$ 1,846,690	96.92	100.00	\$ 1,905,375.57	30	3600	15,878	
	marzo	\$ 3,266,047	96.92	100.00	\$ 3,369,838.01	30	3600	28,082	
	abril	\$ 3,164,678	96.92	100.00	\$ 3,265,247.63	30	3600	27,210	
	mayo	\$ 4,972,919	96.92	100.00	\$ 5,130,952.33	30	3600	42,758	
	junio	\$ 5,960,654	96.92	100.00	\$ 6,150,076.35	30	3600	51,251	
	julio	\$ 8,917,569	96.92	100.00	\$ 9,200,958.52	30	3600	76,675	
	agosto	\$ 3,114,916	96.92	100.00	\$ 3,213,904.25	30	3600	26,783	
	septiembre	\$ 3,495,558	96.92	100.00	\$ 3,606,642.59	30	3600	30,055	
	octubre	\$ 19,531,050	96.92	100.00	\$ 20,151,723.07	30	3600	167,931	
	noviembre	\$ 4,149,673	96.92	100.00	\$ 4,281,544.57	30	3600	35,680	
	diciembre	\$ 4,149,673	96.92	100.00	\$ 4,281,544.57	30	3600	35,680	
2019	enero	\$ 4,281,633	100.00	100.00	\$ 4,281,633.00	30	3600	35,680	
	febrero	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	marzo	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	abril	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	mayo	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	junio	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	julio	\$ 1,659,872	100.00	100.00	\$ 1,659,872.00	30	3600	13,832	
	agosto	\$ 828,116	100.00	100.00	\$ 828,116.00	30	3600	6,901	
						DIAS TOTALES	3600	IBL	4,101,492
						SEMANAS	514		

4. La tasa de reemplazo

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

reemplazo el 81.47%, por lo que ha de tomarse la máxima que permite esa norma, esto es, la del 80%.

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

APLICACIÓN FORMULA TASA DE REEMPLAZO	
$r = 65.50 - (0.50 s)$	
$s = \text{I.B.L.} / \text{S.M.M.L.V.}$	
$s = 4.101.492 / 828.116$	
$s = 4,95$	
$r = 65.50 - (0.50 \times 4,95)$	
63.02	
$r = 63,02\%$	

TASA DE REEMPLAZO CON SEMANAS ADICIONALES	
Número de Semanas Cotizadas	1,915.00
Menos Semanas Legales Año 2019	1,300.00
Numero de Semanas Adicionales	615.00
Número de Semanas Tomadas	615.00
Dividimos entre 50	12.3
Multiplicamos por 1.5	18.45%
Más la Tasa Calculada	63.02%
TOTAL TASA DE REEMPLAZO	81.47%

5. Retroactivo pensional

5.1. Como las partes no discutieron que la fecha de disfrute pensional es el 10 de septiembre de 2.019, que fue la fijada por COLPENSIONES y acogida por el A quo, la Sala se atiene a ello.

5.2. Entonces, aplicando al IBL establecido la tasa de reemplazo señalada, se tiene que el monto de la mesada pensional para el 10 de septiembre de 2019 sería de **\$3.281.193.60.**, que coincide con el del sentenciador inicial:

I.B.L.	\$4,101,492,00
TASA DE REEMPLAZO	80%
VALOR MESADA AÑO 2019	\$3,281,193.60

5.3. Consecuente de lo dicho, el retroactivo pensional correspondería también al establecido por el A quo, esto es, a la suma de \$3.748.607,00, desde el 10 de septiembre de 2.019 hasta la fecha de la sentencia consultada (9 de septiembre de 2.022), que, restándole el 12% de los aportes al sistema de salud, queda en \$3.298.774,00. Esto queda ilustrado en la siguiente tabla explicativa:

		PENSION PAGADA POR COLPENSIONES	PENSION JUZGADO	DIFERENCIA	IPC INICIAL	IPC FINAL	DIFERENCIA INDEXADA	SALUD
2019	septiembre	\$ 2,132,593	\$ 2,187,462	\$ 54,869	103.26	121.50	\$ 64,561	
	octubre	\$ 3,198,890	\$ 3,281,193	\$ 82,303	103.43	121.50	\$ 96,682	
	noviembre	\$ 3,198,890	\$ 3,281,193	\$ 82,303	103.54	121.50	\$ 96,579	
	diciembre	\$ 3,198,890	\$ 3,281,193	\$ 82,303	103.80	121.50	\$ 96,337	
	adicional	\$ 3,198,890	\$ 3,281,193	\$ 82,303	103.80	121.50	\$ 96,337	
2020	enero	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	104.24	121.50	\$ 99,577	
	febrero	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	104.94	121.50	\$ 98,912	
	marzo	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.53	121.50	\$ 98,359	
	abril	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.70	121.50	\$ 98,201	
	mayo	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.36	121.50	\$ 98,518	

Rad. 23-001-31-05-005-2022-00015-01. Folio 278-2.022.

		PENSION PAGADA POR COLPENSIONES	PENSION JUZGADO	DIFERENCIA	IPC INICIAL	IPC FINAL	DIFERENCIA INDEXADA	SALUD
	junio	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	104.97	121.50	\$ 98,884	
	julio	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	104.97	121.50	\$ 98,884	
	agosto	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	104.96	121.50	\$ 98,894	
	septiembre	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.29	121.50	\$ 98,584	
	octubre	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.23	121.50	\$ 98,640	
	noviembre	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.08	121.50	\$ 98,781	
	diciembre	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.48	121.50	\$ 98,406	
	adicional	\$ 3,320,447	\$ 3,405,878	\$ 85,431	105.48	121.50	\$ 98,406	
2021	enero	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	105.91	121.50	\$ 99,584	
	febrero	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	106.58	121.50	\$ 98,958	
	marzo	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	107.12	121.50	\$ 98,459	
	abril	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	107.76	121.50	\$ 97,874	
	mayo	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	108.84	121.50	\$ 96,903	
	junio	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	108.78	121.50	\$ 96,957	
	julio	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	109.14	121.50	\$ 96,637	
	agosto	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	109.62	121.50	\$ 96,214	
	septiembre	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	110.04	121.50	\$ 95,846	
	octubre	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	110.06	121.50	\$ 95,829	
	noviembre	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	110.60	121.50	\$ 95,361	
	diciembre	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	111.41	121.50	\$ 94,668	
	adicional	\$ 3,373,906	\$ 3,460,712	\$ 86,806	111.41	121.50	\$ 94,668	
2022	enero	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	113.26	121.50	\$ 98,355	
	febrero	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	115.11	121.50	\$ 96,775	
	marzo	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	116.26	121.50	\$ 95,817	
	abril	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	117.71	121.50	\$ 94,637	
	mayo	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	118.70	121.50	\$ 93,848	
	junio	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	119.31	121.50	\$ 93,368	
	julio	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	120.27	121.50	\$ 92,623	
	agosto	\$ 3,563,519	\$ 3,655,204	\$ 91,685	121.50	121.50	\$ 91,685	
							\$ 3,748,607	\$ 449,833

5.4. Como quiera que, los resultados de la liquidación de este Tribunal (IBL, mesada inicial y retroactivo), resultan superiores a los establecidos por COLPENSIONES y acordes con los del A quo, se confirmará los señalado por el último, es decir, los montos establecidos en la sentencia consultada.

6. Costas de la primera instancia

6.1. COLPENSIONES protesta contra esta condena, arguyendo que ha actuado conforme a derecho y de buena fe.

6.2. La mentada condena ha de confirmarse, porque, como ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia **SL1440-2022**, que a su vez reitera la **SL1292-2019**, el artículo «365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, es procedente frente a la parte vencida en el proceso, es decir, su reconocimiento no se supedita a una actuación subjetiva, sino exclusivamente a las resultas del proceso. Lo anterior, como quiera que se trata de un imperativo legal o causa objetiva».

7. Costas

Dado que no hubo réplica a la apelación, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

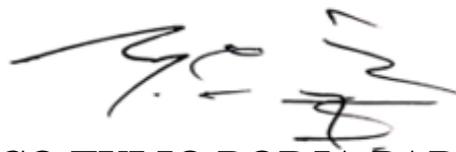
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este nivel jurisdiccional.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 278-2022.....	1
Radicación nº 23-001-31-05-005-2022-00133-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación a la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico	4
3. La liquidación del IBL.....	5
4. La tasa de reemplazo.....	8
5. Retroactivo pensional	9
6. Costas de la primera instancia	12
7. Costas	12
VII. DECISIÓN	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 279-2022

Rad. n° 23-001-31-05-005-2022-00181-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 9 de septiembre de 2.022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DOMINGO ALBERTO BASTIDAS RAMIREZ contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES y PORVERNIR se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento. También expone que el traslado fue libre y protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, según el cual los efectos de la ineficacia no comportan la devolución de los referidos gastos y de los seguros previsionales. Igualmente, replica la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de COLPENSIONES, PORVENIR y de la parte demandante, presentaron alegaciones de conclusión, en sintonía con la posición que asumieron en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

3.2. Expone COLPENSIONES que la parte demandante nunca estuvo afiliada al RPM. Lo anterior no es de recibo, porque la vinculación de aquella al RAIS, estuvo precedida de cotizaciones que efectuó a la misma COLPENSIONES, según da cuenta la historia laboral emanada de esta misma demandada y la cual aportó a su contestación de la demanda (Vid. Pdf. «005ContestacionColpensiones20210825», pág. 17). En efecto, en dicha historia laboral, se observa que antes del 1 de noviembre de 1.999, data en que empezó la afiliación en COLFONDOS, la parte actora pagó a COLPENSIONES varias cotizaciones, como, por ejemplo, los ciclos 1998-11; 1999-01 y de 1999-04 a 1999-09.

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

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad

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

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

3.5. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-**

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

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

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

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

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia revisada, lo cual se ajusta a derecho.

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

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

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación

de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

4.4. Y, en cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, 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”.

4.5. Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

“Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.

5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon excepciones de mérito que no le prosperaron, e incluso, han apelado la sentencia favorable a la parte demandante.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, hay lugar a imponer condena en costas en favor de la parte demandante, y a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (CGP, art. 365).

Las agencias en derecho se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad. (CGP, art. 365.8°).

Dicho monto será distribuido por partes iguales entre los entes demandados.

VII. DECISIÓN

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

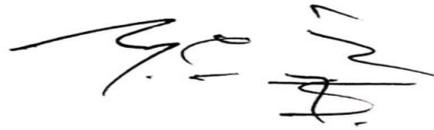
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

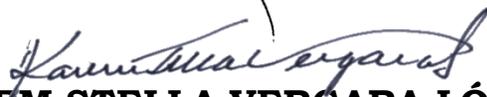


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido	
FOLIO 279-2022	1
Rad. n° 23-001-31-05-005-2022-00181-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	9
5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia	12
6. Costas de esta segunda instancia	13
VII. DECISIÓN	13
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	14

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 280-2022

Rad. n° 23-001-31-05-001-2022-00093-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 14 de septiembre de 2.022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDUARDO ANTONIO BURGOS MARTINEZ contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES y PORVERNIR se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que la parte actora nunca cotizó a COLPENSIONES; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Colfondos

Protesta únicamente contra la condena en costas, arguyendo que esa entidad no se opuso a las pretensiones de la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de COLPENSIONES y de la parte demandante presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando la posición sostenida en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en

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

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

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

3.2. Expone COLPENSIONES que la parte demandante nunca estuvo afiliada al RPM. Lo anterior no es de recibo, porque la vinculación de aquélla al RAIS, estuvo precedida de cotizaciones que efectuó a la misma COLPENSIONES, según da cuenta la historia laboral emanada de esta misma demandada y la cual aportó a su contestación de la demanda (Vid. Pdf.

«005ContestacionColpensiones20210825»), pág. 17). En efecto, en dicha historia laboral, se observa que antes del 1 de de noviembre de 1.999, data en que empezó la afiliación en COLFONDOS, la parte actora pagó a COLPENSIONES varias cotizaciones, como, por ejemplo, los ciclos 1998-11; 1999-01 y de 1999-04 a 1999-09.

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

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

3.4. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-**

2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

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

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

pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

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

de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

3.9. Se alega que la parte demandante nunca cotizó a COLPENSIONES, ni estuvo afiliado a dicho ente. Al respecto, ha de señalarse que, de lo que se trata aquí no es de devolver a la parte actora a la vinculación en materia pensional a una entidad en particular, sino de devolverlo al RPM y, en la actualidad, la entidad administradora de pensiones en el RPM, es COLPENSIONES. Téngase en cuenta que, como lo dispone el literal a) del artículo 13 de la Ley 100/93, la afiliación a la seguridad social es obligatoria, y, según el literal b) ibidem, la selección de régimen pensional es libre. Entonces, es obligación de COLPENSIONES tener como afiliado a la parte actora, pues la libertad de ella es volver al régimen de reparto simple o de prima media con prestación definida; régimen que está a cargo de COLPENSIONES.

Ahora, si lo que quiere decir COLPENSIONES es que se está en presencia de una afiliación inicial al RAIS, ello no es de recibo, porque, como lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral, no se trata de una selección inicial los casos de aquellos que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 venían cotizando a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, pues hacían parte del sistema de reparto simple (Vid. Sentencia SL1305-2021).

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia revisada, lo cual se ajusta a derecho.

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

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

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

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

4.4. Y, en cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, 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”.

4.5. Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

“Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ

SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.’.

5. Condena en costas a Colpensiones y a Colfondos en la primera instancia

5.1. Tal condena a COLPENSIONES, sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque esa entidad se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron, e incluso, han apelado la sentencia favorable a la parte demandante.

5.2. En lo atinente a COLFONDOS, ésta no se opuso a las pretensiones a la demanda, e incluso, en cuanto a los hechos de ese libelo que se referían a ella, manifestó ser cierto los mismos. Ahora, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES a aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, nada podía hacer aquél fondo privado para evitar el litigio. En consecuencia, la Sala estima que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS, porque, a pesar que ese ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso ni hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica al recurso de apelación que no prosperó, cual fue el de COLPENSIONES, hay lugar a imponer condena en costas a esa entidad, en favor de la parte demandante, (CGP, art. 365). No se condena en costas a COLFONDOS, porque su apelación sí prosperó.

Las agencias en derecho se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad. (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

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

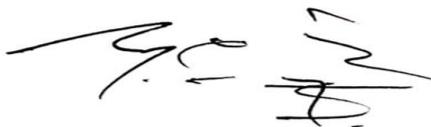
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de excluir a COLFONDOS S.A. de la condena en costas impartida en dicho numeral.

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

TERCERO: Costas de esta segunda instancia como se indicó en la parte motiva.

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

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

Contenido

FOLIO 280-2022.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2022-00093-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Colfondos	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	10
5. Condena en costas a Colpensiones y a Colfondos en la primera instancia.....	13
6. Costas de esta segunda instancia.....	14
VII. DECISIÓN	14
RESUELVE:	15
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	15

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 294-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2022-00133-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 20 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral en donde funge como demandante la señora CARMEN ALICIA SANCHEZ PETRO, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Pretenden la demandante que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria y en calidad de cónyuge (sic) del finado EDUARDO ANTONIO ECHENIQUE HAYDAR.

Con base en la anterior declaración, solicita que se condene a COLPENSIONES el pago de la pensión de forma retroactiva a partir del día siguiente del fallecimiento del señor EDUARDO ECHENIQUE, junto con las mesadas dejadas de cancelar debidamente indexadas de acuerdo con el IPC e intereses moratorios hasta el momento en que se efectúe el pago, así como la condena en costas a cargo de la entidad, pidiendo que se de aplicación al principio extra y ultra petita.

1.2. Hechos

En síntesis, aduce la demandante que tiene derecho a la pensión de vejez de quien en vida fue su compañero, el señor EDUARDO ANTONIO ECHENIQUE HAYDAR, con quien convivió desde el día 16 de mayo de 1976, hasta el día 21 de febrero de 2021, fecha de su fallecimiento, quien antes de su

muerte gozaba de pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida.

Expresa que su convivencia se desarrolló en la ciudad de Montería, que compartieron lecho y techo, auxilio mutuo, relaciones sexuales, ayuda y socorro, hasta el día de la muerte del señor EDUARDO ECHENIQUE, quienes producto de su convivencia procrearon 5 hijos.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe prueba de la convivencia entre la demandante y el finado EDUARDO ANTONIO ECHENIQUE HAYDAR.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se surtieron. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la demandante CARMEN ALICIA SANCHEZ PETRO y se escucharon los testimonios de las señoras OLGA HAYDAR DE ECHENIQUE, NELIDA ROSA HERNANDEZ, LUZ MARINA PANTOJA COGOLLO y ERIKA SUSANA COGOLLO ALVAREZ.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta el A Quo absolvió a la demandada COLPENSIONES y declaró probada la excepción de mérito denominada COBRO DE LO NO DEBIDO, condenando a la demandante el pago de costas.

Lo anterior debido a que consideró que no se acreditó la convivencia de la demandante y el finado Eduardo Echenique ya que, haciendo uso del art 61 del Código Procesal del Trabajo, las pruebas testimoniales no fueron suficientes o determinantes para demostrar dicha convivencia sino que por el contrario existió un enorme mar de contradicciones, se divagó mucho, no fueron concretos y se vio el ánimo de favorecer a la parte.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante se mostró inconforme con la decisión del A Quo. Su disidencia consta en que el juzgado afirma que no se acredita la convivencia entre la demandante y el finado, cuando los testigos fueron personas claras, contundentes y precisas, que es claro que no se puede dar un extremo temporal entre los 4 testigos de forma precisa puesto eso sí significaría que fueron testigos preparados.

Aduce que los 4 testigos dieron cuenta de la convivencia y relación pública, afectiva, pacífica e interrumpida que la demandante y el señor Eduardo Echenique llevaban, tanto así que manifestaron al despacho que vivían en Montería, que nunca existió una separación, que todo el tiempo se mantuvieron como una pareja unida y pacífica, y que este salía del hogar pero salía en razón a su labor como electricista que se desarrollaba principalmente en la ciudad de Cartagena, y que posterior a los trabajos, este fue contratado en San Andrés Islas, razón por la cual el mismo no podía frecuentar de forma permanente el hogar que tenía con la demandante.

También afirma que si bien es cierto ellos tienen conocimiento de que existió una relación extramatrimonial, no es menos cierto que no fue como compañero permanente, que él siempre mantuvo una convivencia con su representada Carmen Alicia Sánchez Petro, la cual se desarrolló en la ciudad de Montería y Cartagena, que los mismo procrearon 5 hijos de diferentes edades y que uno de ellos actualmente cuenta con 45 años, lo cual demuestra que existió una unión marital en el tiempo.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la vocera judicial de COLPENSIONES alegó de conclusión, manifestando su conformidad con el fallo proferido puesto arguye que no se logró demostrar el requisito de convivencia. La parte demandante y a su vez apelante, no allegó escrito de alegatos.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, se procede a desatar de fondo los recursos de apelación interpuesto por los demandantes.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta la inconformidad planteada en el recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar si el A Quo valoró correctamente las pruebas testimoniales que lo llevaron a la conclusión de que la parte demandante no logró demostrar el requisito de convivencia con el finado EDUARDO ANTONIO ECHENIQUE HAYDAR, para que le sea reconocido el derecho a la pensión de sobreviviente o sí, por el contrario, los testimonios recepcionados fueron convincentes para demostrar dicha convivencia.

3. Solución al problema planteado

Empiécese por señalar que, a pesar de haberse invocado en la demanda la condición de cónyuge de la actora del causahabiente, lo cierto es que, según el devenir procesal y probatorio, es la condición de compañera supérstite, la que, en verdad, resultó la pertinente, habida cuenta que el matrimonio, amén de no haberse acreditado, tampoco es lo argüido en esta segunda instancia con la apelación de la parte actora.

Ahora bien, pone en entredicho el apoderado de la parte demandante la valoración que el A Quo le dio a los testigos escuchados en audiencia, pues afirma que los testigos fueron personas claras, contundentes y precisas, y que los mismos dieron cuenta de la convivencia y relación pública, afectiva, pacífica e interrumpida que la demandante y el señor Eduardo Echenique llevaban, tanto así que manifestaron al despacho que vivían en Montería, que nunca existió una separación, que todo el tiempo se mantuvieron como una pareja unida y pacífica, y que este salía del hogar pero salía en razón a su labor como electricista que se desarrollaba principalmente en la ciudad de Cartagena, y que posterior a los trabajos, este fue contratado en San Andrés Islas, razón por la cual el mismo no podía frecuentar de forma permanente el hogar que tenía con la demandante.

Ante estas situaciones, debe señalarse que, si bien no se está resolviendo aquí un recurso de casación, también lo es que, en el de apelación, la valoración probatoria del A quo, frente a la del apelante, goza de un plus, siempre que sea razonable y acorde a las reglas de la sana crítica y a los principios de la lógica, pues el hecho de que la decisión de primera instancia sea revisada como consecuencia de un recurso ordinario, no por ello es dable desconocer que todos los jueces, incluyendo los de la instancia inicial, gozan de autonomía y, por ende, de la «*potestad legal de apreciar libremente la prueba*» (Vid. Sentencias SL3368-2018, SL2833-2017, SL15277-2016 y SL17070-2014).

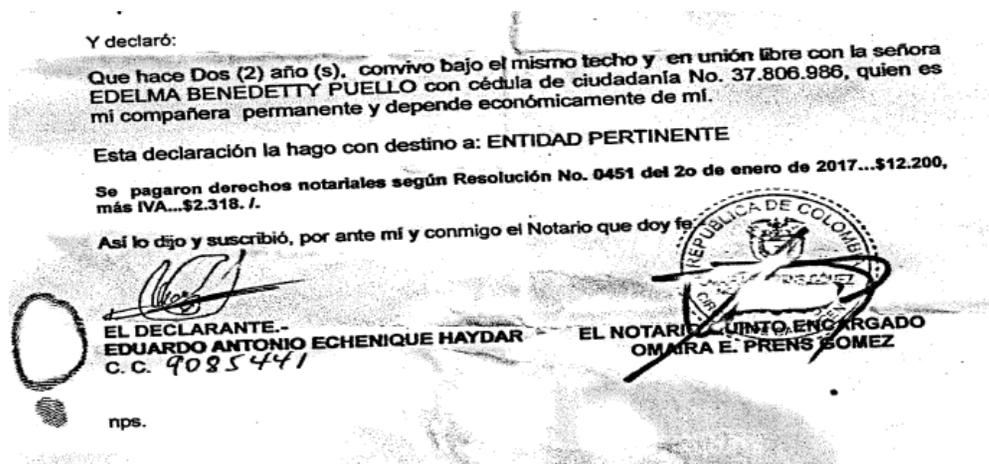
Así que, para remover la sentencia de primer grado, no basta anteponer por el apelante otra valoración probatoria razonable, que no derruya la también razonable del A quo, pues, como se dijo, la de éste goza de un plus, por virtud de la autonomía funcional que le asiste y la presunción de legalidad y acierto de las sentencias, presunciones éstas que se derivan del hecho de que, si no son recurridas, adquieren firmeza y hacen tránsito a cosa juzgada, la cual ampara una presunción de verdad, tal como lo ha hecho ver, por ejemplo, la Corte Constitucional en las sentencias C-871-2003, T-1197-2003 y C-252-2001; y, la Sala de Casación Civil en la sentencia SC15573-2016.

En consonancia con lo anterior, encuentra la Sala que el apelante no derruye la interpretación razonable del A Quo, sino que simplemente expresa la valoración probatoria que a su

criterio debe dársele a los testimonios, haciendo un recuento de lo que, para él, logró demostrarse a través de los testigos.

La Sala acoge lo expresado por el A Quo, puesto considera que las declaraciones de los testigos no dan certeza de la continua convivencia entre la demandante y el finado EDUARDO ECHENIQUE HAYDAR, esto debido a que existen pruebas de que el fallecido convivió por lo menos con dos personas diferentes en los últimos años de su fallecimiento.

La primera se trata de una declaración juramentada hecha por el finado ante la Notaría Quinta del Círculo de Cartagena, el día 4 de abril de 2017, en donde expresó que “convivía en unión libre” con la señora EDELMA BENEDETTY PUELLO desde hace dos años, así:



La anterior declaración reposa en la hoja No. 45 del expediente administrativo del fallecido.

La segunda prueba, se trata de lo expresado por la madre del finado, la señora OLGA HAYDAR DE ECHENIQUE, quien ante la pregunta que el A Quo le formula respecto a cuántos nietos tiene por parte del señor EDUARDO ECHENIQUE, esta responde que 8 nietos, de los cuales 5 los procreó con la aquí demandante y los otros 3 con una señora llamada Marelvis Márquez, la cual reside en San Andrés Islas según su dicho (Minuto 1:12:00 de la audiencia).

Todo lo anterior, sumado a las inconsistencias en que, por ejemplo, la demandante afirma que no sabía dónde se quedaba el Señor Eduardo Echenique cuando iba a trabajar en San Andrés Islas (minuto 25:50 de la audiencia), pero luego su retractación diciendo que sí sabía y que le constaba que se quedaba en una pieza arrendada (Minuto 26:50 de la audiencia) donde también le daban el almuerzo; además de lo dicho por la testigo OLGA HAYDAR quien es la madre del finado, respecto a que al día de su fallecimiento el señor Eduardo llevaba aproximadamente 6 años viviendo en Cartagena (Minuto 1:20:20 de la audiencia), permean de fuertes dudas a la tesis de la demandante la cual es que convivió ininterrumpidamente en calidad de compañera permanente con el fallecido hasta sus últimos días.

Expresa el apelante, también, que la existencia de 5 hijos entre la demandante y el finado dan cuenta de esa convivencia, argumento que no tiene fuerza pues el hecho de haber procreado

hijos no da certeza de la convivencia ininterrumpida de sus padres a través del tiempo.

En el presente caso, entonces, la razonabilidad de la valoración probatoria del A quo no quedó derruida por las apreciaciones del apelante, sino que por el contrario la Sala acoge sus argumentos en cuanto no hay certeza o convencimiento de la convivencia permanente entre la demandante CARMEN ALICIA SANCHEZ PETRO y el señor EDUARDO ECHENIQUE HAYDAR (Q.E.P.D), y que existe gran incertidumbre teniendo en cuenta la valoración conjunta de todas las pruebas allegadas al presente proceso.

Deviene de lo anterior, que, en el caso, no es posible hacer prevalecer las conclusiones probatorias que se afirman en la apelación, frente a las efectuadas por el A quo, porque, como se infiere de todo lo que se ha expresado, las de éste lucen acordes a la realidad probatoria de este proceso.

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

4. Costas

Dado que la apelación no prosperó y fue replicada, hay lugar a condenar a la parte demandante, en favor de COLPENSIONES, al pago de las costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

Las agencias en derecho se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad. (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del PROCESO ORDINARIO

Folio 294-2022. Radicado No. 23-001-31-05-005-2022-00133-01

LABORAL, RADICADO N° 23-001-31-05-005-2022-00133, promovido por CARMEN ALICIA SANCHEZ PETRO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 294-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2022-00133-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda.....	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos.....	2
2. Contestación de la demanda y trámite.....	3
III. LA SENTENCIA APELADA	4
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	6
VI. CONSIDERACIONES	6
1. Presupuestos procesales.....	6
2. Problema jurídico	6
3. Solución al problema planteado	7
4. Costas	11
VII. DECISIÓN.....	12
RESUELVE:	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13
LOS MAGISTRADOS	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 302-2022

Rad. n° 23-001-31-05-001-2022-00108-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 21 de septiembre de 2.022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NIHIL GUSTAVO SALGADO CAMPILLO contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES y PORVERNIR se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que la parte actora le faltan menos de 10 años para pensionarse, que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento, en tanto que la parte actora fue negligente y tuvo oportunidades para retornar al RPM y retractarse del traslado al RAIS. También protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración y demás consecuentes a la ineficacia del traslado que impuso el A quo, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros. Igualmente, replica la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo los voceros judiciales de las recurrentes presentaron alegaciones de conclusión, quienes reafirmaron la posición sostenida en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la

Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

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

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

pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

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

de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia revisada, lo cual se ajusta a derecho.

4.3. Es que, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya

dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la

inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

4.4. Y, en cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, 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”.

4.5. Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

“Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del

acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.

5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES y PORVENIR resultaron vencidas en la primera instancia, e incluso, han apelado la sentencia favorable a la parte demandante. Recuérdese que la imposición de condena en costas no está atada a consideraciones subjetivas, como la buena fe o no de las partes.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

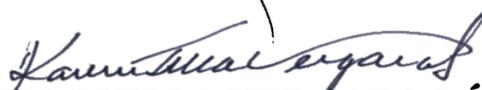


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 302-2022.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-001-2022-00108-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia.....	12
6. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado sustanciador

FOLIO 304-2022

Radicación nº 23-001-31-05-004-2020-00177-01

(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de septiembre de 2.022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por **MARÍA DE LAS MERCEDES GUERRERO ORTEGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en el que fue vinculado como litisconsorte necesario a los herederos de **VITAR ÁVILEZ JOSEFA**.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La demandante, en su condición de cónyuge supérstite del RAFAEL ULIETH PAOLA CORRALES UPARELA, pide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con intereses moratorios e indexación.

1.2. Hechos

En compendio, se aduce que COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB 279974 de 10 de octubre de 2.019, confirmada por la Resolución DPE 14316 de 9 de diciembre de 2.019, negó a la actora la pensión de sobrevivientes, siendo que se cumplen con los requisitos de densidad de cotizaciones y de convivencia, pues aquella entidad debe contabilizar los aportes en mora de quien fue empleadora del causante.

2. Trámite y contestación a la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y

formuló, entre otras, la excepción de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación*.

2.2. Al proceso fueron vinculados los herederos de la finada JOSEFA VITAR ÁVILEZ, y el curador ad litem de éstos adujo que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirige en contra de aquéllos.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, se realizaron de forma separada. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la demandante y se recibió el testimonio de PAOLA PATRICIA MERCADO GUERRERO.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta el A quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la obligación*, y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, al estimar que el causahabiente no dejó causada la pensión de sobrevivientes, por no cumplir con la densidad de cotizaciones exigidas en la Ley, habida cuenta que no era dable contabilizar los aportes que aduce la parte actora dejó de cotizar VITAR JOSEFA AVILEZ (Q.E.P.D.), ya que no se acreditó que ésta haya sido en verdad empleadora del causante.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, aduce que el ISS certificó que afiliación del causahabiente data desde el 8 de mayo de 1993 en salud, y desde el 8 de mayo de 2.006 en pensión; que, en la historia laboral anexada a la demanda emanada del ISS, aparece VITAR JOSEJA AVILEZ como empleadora del causante, por lo que éste si cotizó las 50 semanas durante los últimos tres (3) años a su fallecimiento, lo cual fue la única razón que invocó la entidad demandada para negar la prestación pensional.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales presentaros sus alegaciones de conclusión. El de la parte actora, señalando lo que resumió en el anterior acápite; y, el de COLPENSIONES, abogando por la confirmación de la sentencia apelada.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades sustentada con la apelación y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a una entidad en la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay lugar a contabilizar como aportes cotizados los no pagados por la finada VITAR ÁVILEZ JOSEFA; y, de ser así, **(ii)** si con tales aportes se cumple el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los últimos tres (3) años anteriores al fallecimiento del causahabiente, que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003.

3. Solución al problema planteado

3.1. El A quo concluyó que el causahabiente no dejó causada la pensión de sobrevivientes, por no cumplir con la densidad de cotizaciones exigidas en la Ley, habida cuenta que no era dable contabilizar los aportes que aduce la parte actora dejó de cotizar VITAR JOSEFA AVILEZ (Q.E.P.D.), ya que no se acreditó que ésta haya sido en verdad empleadora del causante.

3.2. A su turno, el apoderado de la parte demandante, con su apelación, en apretada síntesis, que, como el ISS certificó que

la afiliación del causahabiente data desde el 8 de mayo de 1993 en salud, y desde el 8 de mayo de 2.006 en pensión; y, que, en la historia laboral anexada a la demanda emanada del ISS, aparece VITAR JOSEJA AVILEZ como empleadora del causante, concluye entonces que el causante si cotizó las 50 semanas durante los últimos tres (3) años a su fallecimiento, lo cual fue la única razón que invocó la entidad demandada para negar la prestación pensional.

3.3. Pue bien; empiécese por señalar que, si bien en los casos de mora patronal cabe contabilizar las cotizaciones, también es cierto que, conforme a la Honorable Sala de Casación Laboral, es necesario que existan pruebas razonables sobre la existencia de un vínculo laboral. Al respecto, en la sentencia **SL397-2022**, invocando a su vez las sentencias **SL1355-2019** y **SL1040-2020**, expresó:

“Ahora bien, en sentencia CSJ SL1355-2019, que recapitula muchas otras, y a propósito del deber que tienen las entidades administradoras de pensiones, de cualquiera de los dos regímenes, de efectuar las acciones de cobro contra los empleadores morosos, so pena de computar esas semanas para efectos del reconocimiento pensional debido a su omisión en esas gestiones persuasivas, se hizo la precisión de que en todo caso, **para que pueda hablarse de mora patronal, es necesario que existan pruebas razonables sobre la existencia de un vínculo laboral.**

Rad. 23-001-31-05-004-2020-00177-01. Folio 304-2.022.

Igual posición se indicó en la sentencia CSJ SL1040-2020, cuando se dijo:

‘Esta Corte ha precisado que entrar a convalidar periodos con una aparente mora patronal, sin tener certeza de que en estos el trabajador haya tenido vigente un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos periodos, como se dijo en líneas anteriores, dado que podría conllevar a cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado’’. Se destaca.

Y, en la sentencia SL4949-2021 también expresó el órgano de cierre de esta jurisdicción:

“Esta Sala ha señalado que para que pueda hablarse de mora patronal **es necesario que existan pruebas razonables sobre la existencia de un vínculo laboral**, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria durante ese periodo, es decir, que exista certeza sobre la prestación del servicio. En reciente sentencia CSJ SL 3845-2021, al respecto se explicó:

Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, **ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este**, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio’’. Se destaca.

En similar sentido a las anteriores, están otras, como, por ejemplo, la Sentencia **SL3231-2021** y en la **SL1355-2019**. En esta última, que fue reiterada en las **SL2744-2022**, **SL4208-2021** y **SL3555-2021**, señaló:

Rad. 23-001-31-05-004-2020-00177-01. Folio 304-2.022.

“Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de *«mora patronal»* **es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral**, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real”. Se destaca.

3.4. Entonces, cuando a pesar del acto de afiliación hay algún hecho que suscite dudas sobre la existencia del vínculo laboral generante de las cotizaciones, no es dable predicar la mora patronal, a no ser que, obviamente, se acredite dicho vínculo. Por consiguiente, acertó el Juzgado cuando vinculó como litisconsorte a los herederos de VITAR ÁVILEZ JOSEFA, a fin de esclarecer la existencia del vínculo laboral respecto del cual se alega en la demanda y ahora en la apelación, como generante de las cotizaciones con las cuales se cumpliría el requisito relativo a la densidad de cotizaciones que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, 50 semanas cotizadas durante los últimos tres (3) años anteriores al fallecimiento del causahabiente; lo anterior, porque si bien aparece aquella finada como empleadora en el reporte emanado

del ISS, durante los ciclos 2001-03 a 2002-09, lo cierto es que nunca hizo cotización alguna a pensión.

3.5. Ahora, el apoderado de la parte actora, arguye que la prueba del vínculo laboral emana del anterior reporte del ISS y del certificado de afiliación emanado también de ese ente, según el cual la afiliación del causahabiente data desde el 8 de mayo de 1993 en salud, y desde el 8 de mayo de 2.006.

Al respecto, cabe señalar que en el referido certificado de afiliación no aparece como afiliadora la finada VITAR ÁVILEZ JOSEFA; y, aun aceptándose que sí apareciera por así estar en el referido reporte emanado del ISS, lo cierto es que esos no son pruebas del vínculo laboral, según lo ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en las sentencias SL156-2021, SL4824-2019, y SL16934-2017, entre otras.

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

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

Y, en la sentencia SL17992-2017, discurrió:

Rad. 23-001-31-05-004-2020-00177-01. Folio 304-2.022.

“Frente a la certificación del fondo de pensiones Santander a folio 28 y la autoliquidación de aportes de febrero de 2003 al Instituto de Seguros Sociales a folio 29, ha sido criterio reiterado de esta Corporación, que **los reportes de pago de aportes pensionales o historias laborales no pueden dar cuenta certera de la existencia del contrato de trabajo**”. Se destaca y se subraya.

Con la tesis jurisprudencial en comentario no se impone una tarifa legal, pues, en primer término, está edificada en el reconocimiento de que el hecho de la afiliación y reportes de seguridad social no es concluyente de la existencia de un contrato de trabajo, porque son hechos que no son exclusivos de las relaciones laborales subordinadas. Así lo dijo la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencia SL293-2020:

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

3.6. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia

CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

4. Costas

Dado que hubo réplica a la apelación de la parte actora, hay lugar a imponer condena en costas a su cargo, en favor de la parte COLPENSIONES (CGP, art. 365-8°).

Por el trámite de esta segunda instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículos 2° y 5°, numeral 1°). Se fija en ese monto, que corresponde al tope mínimo, porque el debate en este segundo nivel no fue de complejidad.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

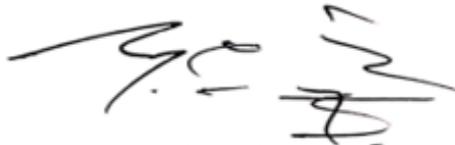
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia.

Rad. 23-001-31-05-004-2020-00177-01. Folio 304-2.022.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

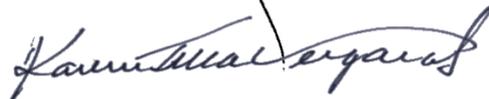
**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 278-2022	1
Radicación nº 23-001-31-05-005-2022-00133-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	2
1. La demanda.....	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación a la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico.....	5
3. La liquidación del IBL.....	5
4. La tasa de reemplazo	¡Error! Marcador no definido.
5. Retroactivo pensional	¡Error! Marcador no definido.
6. Costas de la primera instancia	11
7. Costas.....	11
VII. DECISIÓN.....	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	12

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 309-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2021-00316-01

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2022-00025-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 21 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral en el que se acumuló las demandas formuladas por LILIANA ESTHER PÉREZ ATENCIA y JOSÉ AGUSTÍN RAMOS PACHECO, en contra de TEMPOSERVICIOS S.A.S., E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Pretenden los demandantes la existencia de sendos contratos de trabajo entre ellos y TEMPOSERVICIOS S.A.S., y, por consiguiente, se condene a esa empresa y, como solidarios responsables, a la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y rubros reclamados con la demanda.

1.2. Hechos

En síntesis, adujeron los demandantes que entre ellos y TEMPOSERVICIOS S.A.S., existió las respectivas relaciones laborales, por las cuales prestaron sus servicios personales en las instalaciones de la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA; que fueron despedidos y no le han pagado las acreencias reclamadas con la demanda; y, que las referidas empresas celebraron con SEGUROS DEL ESTADO S.A. contratos de seguro de cumplimiento.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda. En cuanto a la demanda de JOSÉ AGUSTÍN RAMOS PACHECO, la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA no la contestó.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se surtieron. En la última se practicaron los interrogatorios de parte a los demandantes y al representante legal de TEMPOSERVICIOS S.A.S., señor Pascual Manuel Garcés Galeano. No se recibieron testimonios.

III. LA SENTENCIA APELADA EN LOS PUNTOS APELADOS

A través de esta el A quo acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, y, en lo que concierne a las apelaciones, negó la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y absolvió a las demandadas E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A. Lo primero, al estimar que TEMPOSERVICIOS S.A.S., actúo de buena fe, porque no fue que ella no tuvo la voluntad de pagar, sino que no le fue posible, al estar adeudándole la mencionada E.S.E. la suma de \$1.102.758.980,00, y que la crisis financiera del sector salud es un hecho notorio. Y, lo segundo, porque no existe la

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

responsabilidad solidaria de la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, ni de SEGUROS DEL ESTADO S.A.S. De la ESE, porque recibió fue un servicio de una EST que, al no ser contratista independiente, no encuadra la situación en el artículo 34 del CST. Y, en cuanto a la aseguradora mencionada, porque el beneficiario de las pólizas que otorgó, no son los demandantes, sino la ESE.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de los demandantes se mostró inconforme con la negación de la sanción moratoria del artículo 65 del CST y de la responsabilidad solidaria de la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A. Respecto a la moratoria, fundamentó la tesis de que la crisis económica del empleador no exime de esa sanción. En lo atinente la solidaridad, adujo que el A quo desconoció los contratos de la empleadora con la ESE, y las pólizas suscrita por aquélla, a favor de la última, cimentado todo ello en un extenso material probatorio; que, el principio de solidaridad irradia todas las relaciones colectivas, el cual sólo se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas al dueño de la obra; e invocó las sentencias CSJ SL, 1° jun. 2016, rad. 49730, y SL, 26 sep. 2.000, rad. 14038.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Sólo los respectivos voceros judiciales de los demandantes y de SEGUROS DEL ESTADO S.A., presentaron alegaciones de conclusión. El primero, en el sentido de lo resumido en el anterior acápite; y, la aseguradora, defendiendo la argumentación de la sentencia apelada, principalmente en que no son los actores, sino las demás codemandadas las legitimadas para accionar en contra de aquélla.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, se procede a desatar de fondo los recursos de apelación interpuesto por los demandantes.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si hay lugar a la sanción moratoria del artículo 65 del CST; y, (ii) si las demandadas E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., son solidariamente responsables de las obligaciones laborales que le incumben a TEMPOSERVICIOS S.A.S., a favor de los demandantes.

3. Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST

3.1. El A quo encontró que la demandada TEMPOSERVICIOS S.A.S., en su condición de empleadora, no pagó a los demandantes, entre otros conceptos, cesantías y prima de servicios, razón por la cual le impuso condena por tales rubros, que constituyen prestaciones sociales, a favor de los demandantes.

3.2. Pese a lo anterior, se abstuvo de imponer condena por la sanción moratoria en comentario, al estimar que TEMPOSERVICIOS S.A.S., actuó de buena fe, porque no es que no haya tenido la voluntad de pagar, sino que no le fue posible, al estar su usuaria, esto es, la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, adeudándole la suma de \$1.102.758.980,00, y que la crisis financiera del sector salud es un hecho notorio.

3.3. Pues bien; la Sala disiente del A quo en este punto, y, por el contrario, encuentra que la razón le asiste al apoderado judicial la parte actora, porque, en el caso, ni siquiera está demostrada la crisis económica de la empleadora TEMPOSERVICIOS S.A.S., recordándose que, al respecto, el único medio de convicción es el dicho del representante legal de ésta al absolver el interrogatorio de parte, el cual cobra relevancia solo para los hechos que comportan para ella confesión, más no

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

en la afirmación de hechos que le favorece (**Vid. Sentencias STL9684-2018; STL8125-2014; y, SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177**), «*por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba*» (**Vid. Sentencias SL4921-2019, SL4594-2019 y STL9684-2018**).

3.3.1. Además, lo que dijo el representante legal de quien fue la empleadora de los demandantes, es que ésta se encontraba ahora casi en quiebra, porque ya no tiene contratos con ningún hospital o ESE; de tal suerte que, aun aceptando la veracidad de esa situación de iliquidez, la misma no podría ser tenida en cuenta, porque no concierne a la época en que terminaron los contratos de trabajo, que fue hace más de dos (2) años; recuérdese que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, la conducta del empleador que debe ser evaluada, es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales (**Vid. CSJ Sentencias SL2922-2022, SL710-2021, SL1186-2019, SL286-2019, SL546-2018 y SL16884-2016, entre muchas otras**).

Por ejemplo, en la **SL16884-2016** expresó ese órgano de cierre:

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (CSJ SL, 9, feb. 2010, rad. 36080; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288; CSJ SL, 1 ag. 2012, rad. 40972 y CSJ SL485-2013, entre otras)”.

3.3.2. Incluso, en contraste a la crisis económica que adujo el representante legal de TEMPOSERVICIOS S.A.S. en el interrogatorio de parte que absolvió, se observa que, a las demandas acumuladas se anexó los descargos del 4 de febrero de 2.021 que ese mismo representante legal, señor PASCUAL MANUEL GARCÉS, dio al Ministerio del Trabajo, en los expresamente afirmó que esa empresa contaba con la solvencia económica para pagar los contratos a los trabajadores. Textualmente expresó:

“Sobre la iliquidez de la empresa, quiero manifestar que la misma cuenta con solvencia económica para garantizar el cumplimiento de los contratos de los trabajadores, insisto en que solo tuvimos inconvenientes con el contrato suscrito con la ESE HOSPITAL SAN JOSE de Tierra Alta Córdoba, de donde son los trabajadores que hoy presentan esta reclamación”.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Y, si se observa todo el contenido de los descargos, se infiere que, la ausencia de pago a sus trabajadores que, como los demandantes, prestaron sus servicios en la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, no obedeció a la iliquidez o insolvencia de la empleadora, sino en que sujetó ese pago a cuando dicha ESE le pagara a su vez el respectivo contrato de suministro de personal, lo que no es de recibo, habida cuenta que, como lo señala el artículo 28 del CST y lo ha resaltado la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. CSJ Sentencias SL3625-2021, SL1460-2021, SL845-2021, SL3219-2020, SL3159-2019 y SL, 4 dic. 2013, rad. 49024**), los trabajadores nunca asumen los riesgos o pérdidas del empleador.

3.3.3. Con todo, así se aceptase la prueba de una profunda crisis económica de TEMPOSERVICIOS S.A.S. para el momento de la terminación de los contratos de trabajo, con el dicho de su representante legal y la certificación de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA de adeudarle a aquella la suma de \$1.102.758.980,00, dicha crisis no excluye de manera automática la imposición de la indemnización moratoria, como lo ha dicho la Honorable Corte en sentencias, tales como: **SL2922-2022, SL710-2021, SL1186-2019, SL286-2019, SL546-2018, SL16884-2016, SL3688-2017, SL10551-2015, SL884-2013, SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; SL, 24 en. 2012, rad. 37288; SL, 1 jun. 2010,**

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

rad. 34778; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; y, SL, 1 jul. 2007, rad. 28024, entre otras.

Es más, también ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral que, ante las dificultades económicas del empleador, no basta, incluso, la acreditación de su acogimiento a mecanismos legales, como, por ejemplo, procesos de insolvencia, reorganización o liquidación, sino que *«es menester acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso[s] para probar su buena fe»* (**Vid. Sentencia SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, reiterada en las sentencias SL1746-2021, SL1186-2019 y SL16884-2016, entre otras**).

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

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

rad. 34778; y, SL, 13 sep. 2018, rad. 7393), ello en nada encuadra en la fuerza mayor o caso fortuito.

3.3. Así que, no estando acreditada la insolvencia económica significativa de la empleadora, por lo menos para cuando se hicieron exigibles las obligaciones generantes de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, esto es, para la terminación de los contratos de trabajo, se impone la condena por ese concepto.

3.4.1 Ahora, observa la Sala que, en las demandas, a pesar de haberse pretendido la declaración de un solo contrato de trabajo, el A quo declaró la existencia de dos contratos de trabajo. En tal evento, ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral que lo procedente es examinar las reclamaciones pedidas en ese libelo genitor, pero únicamente con respecto al último contrato, tal como reiteradamente lo ha venido señalado la Corte (**Vid. Sentencias SL3570-2020, SL2708-2019, SL983-2018, SL 691-2013, SL, 19 de oct. 2006, rad. 27371 y SL, 2 de mar. 2006, rad. 26707**).

Por ejemplo, en la sentencia **SL983-2018**, señaló la Corte:

“El Tribunal infirió, de conformidad con las pruebas que apreció, que entre las partes hubo dos contratos de trabajo a término fijo, para los períodos comprendidos del 1° de mayo de 2000 al 20 de abril de 2001 y del 21 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2002, valga decir,

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

con una interrupción de un mes entre uno y otro. Para el *ad quem* ello trae consigo que no se hubiera demostrado lo afirmado en la demanda introductoria, de que sólo existió una relación laboral que ató a los contendientes, con una vigencia del 1° de mayo de 2000 hasta el 31 de mayo de 2002, lo que implica la absolución de la demandada, pues tal circunstancia impide el estudio de las pretensiones de la accionante.

La anterior conclusión para la Sala es equivocada, por cuanto al estar fundada la demanda inicial en un solo nexo contractual laboral, será con base en la última relación demostrada que se deberá examinar cada una de las súplicas demandadas y si es del caso estimar las condenas”.

En la **SL1091-2018**, dijo:

“Sin embargo, será con base en la última relación demostrada, que se deberá examinar cada una de las súplicas demandadas y si es del caso estimar las condenas, dado que en la demanda inicial se pidió declarar la existencia de un solo contrato de trabajo y no de varios”.

Y, en la **SL, 2 mar. 2006, rad. 26707**, puntualizó:

“De tal modo, que **como la parte actora fundamenta y respalda sus pedimentos en una sola relación laboral**, para efectos de proceder a estimar las condenas **se tendrá en cuenta el ulterior vínculo** que se ejecutó entre el 23 de diciembre de 1996 y el 25 de julio de 1997 (...)”. Se destaca.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

3.4.2. Entonces, si bien el A quo se equivocó al reconocer acreencias laborales relacionadas con todos los contratos de trabajo que declaró, siendo que, como se infiere de lo atrás expresado, debió limitarse a reconocer las atinentes al último contrato de trabajo de cada demandante, la Sala sólo condenará la sanción moratoria atinente a dichos últimos contratos, por ser lo legalmente procedente, aclarando que no hay lugar a revocar las condenas concernientes al primer contrato, porque la empleadora no apeló la sentencia.

3.5. Dicho lo anterior, en lo que respecta a la demandante LILIANA ESTHER PEREZ ATENCIA (Rad. 2021-00136), para la liquidación de la sanción moratoria a su favor, ha de tenerse en cuenta que, como su salario fue de \$1.150.000,00, esto es, superior al mínimo legal, debió presentar la demanda dentro de los 24 meses a la finalización del vínculo laboral, a fin de que la referida sanción del artículo 65 del CST, con la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 789 de 2.002, consistiera en un (1) día de salario por cada día de retardo durante aquél lapso, e intereses moratorios a partir del mes 25 (**Vid. CSJ Sentencias SL2432-2022, SL2411-2022, SL2805-2020; SL2805-2020; SL-2140-2019; SL2966-2018; SL16280-2014; SL10632-2014; y, SL, 6 de may. de 2010, No. 36577, entre muchos otros**).

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Mas como la demanda la presentó el 25 de noviembre de 2021, es decir, después de los 24 meses a la terminación del contrato de trabajo (31-octubre-2019), lo que corresponde, según la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral (*Vid. Los mismos precedentes inmediatamente anteriores relacionados*), es condenar a título de la sanción moratoria en referencia, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde la terminación del contrato y hasta que se efectúe el pago correspondiente al total de los salarios y prestaciones sociales adeudadas del último contrato, esto es, sobre la suma de \$2,875,000.00, que corresponde a la sumatoria total de lo adeudado por concepto de salario (\$1.150.000,00), prima de servicios (\$862.500,00) y cesantía (\$862.500,00).

Para lo anterior no se toma en cuenta las vacaciones, porque éstas no son prestaciones sociales. Tampoco los intereses de las cesantías, porque, por la falta de pago de éstas, lo que procede es la indemnización prevista en el artículo 5 de la Ley 52 de 1975, la cual no fue pedida. Para estos conceptos (vacaciones e intereses de cesantías), se mantendrá la indexación conforme al IPC, que impuso el A quo, ya que ésta no la excluye o no es incompatible con las sanciones moratorias para los rubros no generantes de dichas sanciones (**Vid. CSJ Sentencias SL713-2019 y SL3576-2019**).

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

3.6. Y, en lo concerniente al demandante JOSÉ AGUSTÍN RAMOS PACHECO (Rad. 2020-00025), al haber devengado éste el salario mínimo para el año de la terminación del contrato de trabajo (\$826.116,00), sí resulta procedente la sanción moratoria del artículo 65 del CST sin la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 789 de 2.002, por ende, la misma consistirá en un (1) día de salario (\$26.603,87) por cada día de retardo en el pago de \$2.070.290,00, que corresponde a la sumatoria total de la condena que impuso el A quo por concepto de salario (\$826.116,00), cesantías (\$621.087,00) y prima de servicios (\$621.087,00) adeudados por el último contrato; partiendo la referida sanción desde el día siguiente de la finalización del último vínculo laboral (1º noviembre 2019).

La mora en el pago de las vacaciones e intereses de las cesantías, no genera la sanción moratoria antes señalada, sino la indexación. La primera, porque no es salario, ni prestación social; y, los segundos, porque su sanción por mora es la prevista en el artículo 5 de la Ley 52 de 1.975, la cual no fue pedida con la demanda.

3.7. De lo discurrido se desprende que sí hay lugar a la sanción moratoria por el no pago a los demandantes de los rubros concernientes a salario, cesantías y prima de servicios, respecto del último contrato de trabajo de cada uno de ellos con la empleadora TEMPOSERVICIOS S.A.S.; lo cual conlleva

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

además a que se deba excluir la indexación de los referidos rubros que impuso el A quo, porque ello es incompatible con la mentada sanción. No obstante, como se dijo, la indexación de los rubros a los que fue condenado la empleadora y que no son generantes de la indemnización moratoria, sí ha de mantenerse.

3.8. En fin, el reparo de la apelación de la parte demandante será acogido en los términos en que se han expresado.

4. Respecto a la solidaria de la usuaria

4.1. Los demandantes con la apelación también pretenden la solidaridad de la empresa usuaria, ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, en las condenas impartidas a la empresa de servicios temporales que les suministró a los demandantes como trabajadores en misión, esto es, TEMPOSERVICIOS S.A.S., para lo cual invoca el material probatorio que revelan los contratos que suscribieron esos dos entes, y que, el principio de solidaridad irradia todas las relaciones colectivas, el cual sólo se excluye cuando el contratista cumple actividades ajenas al dueño de la obra; e invocó las sentencias CSJ SL, 1º jun. 2016, rad. 49730, y SL, 26 sep. 2.000, rad. 14038.

4.2. Lo anterior no es de recibo, pues, como en varias ocasiones lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (**Vid. Sentencias SL178-2020, SL16350-2014; SL, 20 abr. 2010,**

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Rad. 33275; SL, 31 may. 2000, Rad. 12382; SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435), el usuario de una empresa de servicios temporales, cuando el respectivo contrato entre ellos se ajusta la normatividad legal, es decir, no se socava su legalidad y legitimidad, no se hace deudor solidario de las obligaciones laborales a que tienen derecho los trabajadores en misión, ni encaja ello en la figura del contratista independiente previsto en el artículo 34 del CST, como tampoco en las otras fuentes de solidaridad que prevén los artículos 35 y 36 ibidem.

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

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

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

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

“Importa observar, que la ley califica a las EST como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y, en principio son obligadas directa y exclusivamente, conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente, se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (arts. 33, 34, 35 y 36, CST), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión”.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

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

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

(...).

A lo ya anotado cabría agregar que a la empresa de servicios temporales -E.S.T.-, tal y como lo aduce la recurrente, y contrario a lo alegado por el opositor, no es posible tenerla como contratista independiente en los términos a que alude el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, aparte de lo que ya se precisado por la jurisprudencia de que se ha hecho cita, lo cierto es que entre ésta y la empresa usuaria no se pacta o contrata la *«ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva»*, sino, cuestión bastante diferente, su objeto es *«la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades,*

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

*mediante la labor desarrollada por **personas naturales**, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador»,* tal como se señala en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; y personas naturales, a quienes se les tiene como trabajadores en misión--, que según el artículo 74 de la misma normativa, *«son aquellos que la empresa de servicios temporales **envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos**».*

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

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

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

4.3. Entonces, como en el caso no se demandó, ni menos se debatió, que el real empleador de los demandantes lo haya sido la empresa usuaria y no la EST, sino, por el contrario, se pidió la existencia del contrato de trabajo entre aquellos y la empresa temporal de servicios, TEMPOSERVICIOS S.A.S., no hay lugar a la responsabilidad solidaria de la usuaria ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

4.4. En las alegaciones del vocero judicial de la parte demandante, éste alega que los demandantes no fueron contratados para actividades ocasionales, o para reemplazar a personal en vacaciones, licencia e incapacidades, como tampoco para atender el incremento de la producción o prestación de servicios de la usuaria.

4.4.1. De aceptarse que la vinculación de los actores no encaja en ninguna de las tres causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, habría de concluirse que, la ESE sería una usuaria ficticia, esto es, sería la verdadera empleadora, en tanto que la EST sería la solidariamente responsable (**Vid. Sentencias**

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

SL3520-2018 y SL3563-2017), y, bajo tal circunstancia, habría que negar las pretensiones de la demanda, tal como lo ha señalado la Corte en casos semejante al de este cuadro que aquí se dibuja (**Vid. Sentencia SL, 26 ene. 2010, Rad. 32623**), porque no habría forma de proferir en la segunda instancia una sentencia incongruente con el libelo rector, en el que se pida condena a la EST como empleadora, en tanto que a la ESE usuaria, como solidario responsable.

4.4.2. E, incluso, en el evento en que, se pudiese aquí considerar variar lo pedido en la demanda, tampoco habría lugar a condenar como empleador directo a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, ya que, en tal evento, habría que concluirse que los demandantes no tuvieron la condición de trabajadores oficiales, sino de empleados públicos, pues ninguno de ellos prestó labores relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, quienes son los que pueden tener la condición de trabajador oficial en una ESE (**Vid. Art. 26 Ley 10/1990, en armonía con el 195-5° ibidem; y, SL1334-2018**).

4.4.3. Así, pues, que la argumentación reseñada del apoderado de los demandantes, de acogerse, resultaría un verdadero boomerang a los intereses de éstos. Y, precisamente por esto, es que la Sala no dilucidará si en verdad la vinculación de los actores no encajó en los presupuestos del servicio

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

temporal, es decir, en alguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, porque, arrojar ese escrutinio una respuesta negativa, ello conllevaría a agravarles la situación.

4.5. En fin, el reparo de la apelación atinente a la responsabilidad solidaria de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, no prospera.

5. Respecto a la solidaridad de la aseguradora

5.1. Otra inconformidad del apoderado de los convocantes es la de no haberse condenado como responsable solidario, a SEGUROS DEL ESTADO S.A., lo que, en resumen, sustenta en que el A quo desconoció las pólizas suscritas por dicha aseguradora y la empleadora TEMPOSERVICIOS S.A.S., a favor de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA; y, que, el principio de solidaridad irradia todas las relaciones colectivas.

5.2. Al respecto, la Sala comparte la apreciación del A quo para negar dicha responsabilidad solidaria, cual es que los demandantes no están legitimados para reclamar el pago directo del amparo de las pólizas suscritas, porque, si nos atenemos a las que fueron aportadas al proceso, en todas ellas se observa que en el amparo de las acreencias o rubros laborales, no aparece como asegurado y/o beneficiario, los demandantes, sino la ESE

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, y, bajo tales circunstancias, no tiene aquéllos, aún en su condición de trabajadores del tomador del seguro (TEMPOSERVICIOS S.A.S.), acción directa en contra de la mentada aseguradora. Sobre el particular, resulta pertinente el siguiente pasaje de la sentencia **SL652-2018** de la Honorable Sala de Casación Laboral:

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

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

5.3. Consecuente con lo dicho, el reparo de la apelación concerniente a la responsabilidad solidaria de la aseguradora, **en favor de los demandantes**, no prospera.

6. Costas

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Dado que la apelación prosperó sólo parcialmente, no se impondrá condena en costas en el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365, numerales 3° y 5°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada relativo a la demanda de LILIANA ESTHER PÉREZ ATENCIA (Rad. 2021-00316).

La **ADICIÓN** consiste en que se condena también a TEMPOSERVICIOS S.A.S., a pagar a la demandante LILIANA ESTHER PÉREZ ATENCIA, a título de sanción moratoria, los intereses moratorios del artículo 65 del CST, sobre el sobre el monto de las condenas por concepto de salario, prima de servicios y cesantías del último contrato de trabajo, o sea sobre el monto de \$2,875,000.00, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, desde

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01

y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

el 1° de noviembre de 2.019 y hasta que se efectúe el pago de la suma antes señalada.

Y la **MODIFICACIÓN** consiste en que la indexación a la que se condene en ese **numeral cuarto**, únicamente concierne a las condenas por concepto de vacaciones e intereses de cesantías.

SEGUNDO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada relativo a la demanda de JOSÉ AGUSTÍN RAMOS PACHECO (Rad. 2022-00025).

La **ADICIÓN** consiste en que se condena también a TEMPOSERVICIOS S.A.S., a pagar a la demandante JOSÉ AGUSTÍN RAMOS PACHECO, a título de sanción moratoria, un (1) día de salario (\$26.603,87) por cada día de retardo en el pago de \$2.070.290,00, que corresponde a la sumatoria total de la condena que impuso el A quo por concepto de salario, cesantías y prima de servicios (\$621.087,00) adeudados por el último contrato; partiendo la referida sanción desde el 1° noviembre 2019 y hasta que se efectúe el pago de la suma antes señalada.

Y la **MODIFICACIÓN** consiste en que la indexación a la que se condene en ese **numeral cuarto**, únicamente concierne a las condenas por concepto de vacaciones e intereses de cesantías.

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Folio 309-2022. Radicados acumulados 23-001-31-05-005-2021-00316-01
y 23-001-31-05-005-2022-00025-01.

Contenido

FOLIO 309-2022	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2021-00136-01	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2022-00025-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos	2
2. Contestación de la demanda y trámite	3
III. LA SENTENCIA APELADA EN LOS	3
PUNTOS APELADOS	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales	5
2. Problema jurídico	5
3. Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST	6
4. Respecto a la solidaria de la usuaria	16
5. Respecto a la solidaridad de la aseguradora	23
6. Costas	24
VII. DECISIÓN	25
RESUELVE:	25
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE	27
LOS MAGISTRADOS	27

Marco Tulio Borja Paradas

Magistrado Ponente

FOLIO 310-2022

Radicación n° 23-162-31-03-002-2021-00018-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandados **ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS** y **LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S**, contra la sentencia de 9 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS ENRIQUE MONTIEL COCHERO** contra **OUTSOURCING APOYO HUMANO LTDA** y los recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Se pide la declaratoria de existencia entre el actor y los demandados, de un contrato de trabajo a término fijo, que cobró vigencia desde el 07 de octubre de 2014 al 15 de agosto de 2020, y, en consecuencia, se condene a la última a pagar las prestaciones, indemnizaciones y rubros laborales especificados en el libelo genitor.

1.2. Como fundamentos de hecho, en compendio, se aduce que el 7 de octubre empezó a laborar para OUTSOURCING APOYO HUMANO LTDA, luego, por sustitución patronal, pasó el 1° de abril de 2.017 a LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S. y el 1° de noviembre de 2.018 a ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS; que devengó el salario mínimo; y, que la relación le fue terminada sin justa causa, sin que le fuesen pagado todos los rubros reclamados con la demanda.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los demandados ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS y LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S. se opusieron a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones de mérito que denominaron: *falta de causa legítima para pedir el pago, cobro de lo no debido, abuso del derecho, temeridad, mala fe de la empresa, mala fe del demandante y prescripción.*

2.2. La demandada OUTSOURCING APOYO HUMANO LTDA, dio respuesta a la demandada, a través de su representante legal, sin acreditar su condición de abogada.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma separada, y, en lo concerniente a las pruebas, se practicaron los interrogatorios a las partes y se recibió el testimonio de CÉSAR ANDRÉS LUNA GARCÉS, solicitado por la parte demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta el A quo declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS, desde el 7 de octubre de 2.015 al 15 de agosto de 2.020, y a los demás demandados como solidarios responsable, imponiendo las condenas al pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, al cálculo actuarial por el periodo en que no se efectuaron las cotizaciones en pensión y las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1.990. En sustento de lo anterior, en síntesis, expuso que el real empleador del demandante fue ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS, en tanto que las demás demandadas fueron empleadas para

encubrir esa verdadera relación laboral, derivando estas conclusiones de los interrogatorios a las partes y del testimonio de CÉSAR ANDRÉS LUNA GARCÉS.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS y LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S, apeló la sentencia, arguyendo, en apretada síntesis, que no hay prueba de la relación laboral del actor con el demandado PARRA CORTÉS, ni que éste le haya impartido órdenes; que el contrato terminó en abril de 2.020; que la sanción moratoria es exagerada, porque las prestaciones de los primeros cuatro (4) años fueron canceladas y el demandado actuó de buena fe; y, que los aportes en pensión de diciembre 2018 a 2019 y parte del 2.020 los realizó el actor como contratista independiente.

V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes no presentaron sus alegaciones de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si existe prueba de la relación laboral del actor con el demandado ALVARO ENRIQUE PARRA CORTES; **(ii)** el extremo final de la relación laboral; **(iii)** si hay lugar a las sanciones moratorias y, de ser así, si éstas están exageradas; y, **(iv)** si los ciclos para los que se condena al pago del cálculo actuarial por no pago de las cotizaciones en pensión, éstas sí fueron pagadas.

3. La relación laboral del actor con el demandado Álvaro Enrique Parra Cortés

3.1. Se arguye en la apelación que no hay prueba que la relación laboral del actor haya sido con el demandado

ÁLVARO ENRIQUE PARRA CORTÉS, porque la A quo se apoya sólo en el interrogatorio del demandante y en el testimonio de CÉSAR ANDRÉS LUNA GARCÉS, quienes realmente no conocen a dicho demandado, y que el hecho que éste haya dicho que lo conoce, no significa que lo haya contratado.

3.2. Al respecto, empiécese por señalar que los dichos de partes vertidos en los interrogatorios que absolvieron, o en documentos de su exclusiva autoría, sólo tienen eficacia probatoria en cuanto a la afirmación de hechos que los perjudican, es decir, para cuando comportan para ellos confesión, mas no para hechos que los benefician (**Vid. Sentencias SL2539-2019, STL9684-2018; STL8125-2014; y, SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177**), *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (**Vid. Sentencias SL4921-2019, SL4594-2019 y STL9684-2018**).

3.3. Entonces, así como el dicho del demandante no es prueba para acreditar su relación laboral con el demandado ÁLVARO PARRA CORTÉS, tampoco el dicho de éste es prueba para desvirtuar esa relación laboral, la que, en el presente caso, sí quedó acreditada con el único testimonio recaudado en el proceso, esto es, el del señor CÉSAR ANDRÉS LUNA GARCÉS, quien fue conteste, responsivo y explícito en afirmar que el referido demandado fue el empleador del actor,

siendo la fuente de su dicho su propia y directa percepción, al ser compañeros de trabajo, aunque en roles distintos, lo que, per se, no le resta veracidad, máxime cuando, como se infiere de lo expuesto por el mismo testigo, diariamente debía relacionarse en el trabajo con el convocante de este proceso, porque debía llevar el suero dañado de la planta donde él -el testigo- trabajaba, a la Porcicola en la que únicamente laboraba el demandante, como alimentos de los cerdos; aunado a que dio fe que el demandado ÁLVARO PARRA CORTES, si bien no residía en la región, periódicamente, cada dos o tres meses, venía y hasta, incluso, los invitaba a jugar fútbol.

3.3. A lo anterior se suma que, realmente el representante legal de LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S, al absolver el interrogatorio de parte, con sus respuestas evasivas y con su ignorancia de la persona a quien reemplazó como representante legal, dejó la impresión que se trató de una empresa que no corresponde a la realidad material, por lo que, entonces, realmente no fue esa empresa, sino el demandado PARRA CORTES el verdadero empleador.

3.4. Y, en lo que respecta a la demandada OUTSOURCING APOYO HUMANO LTDA, también causa perplejidad que, habiéndosele requerida por la A quo documentación sobre la misma, su representante legal presentó denuncia a la Policía Nacional de que se destruyó su documentación legal y contable, las hojas de vida de su

personal, sus soportes contables, bancarios, facturas y en general toda la documentación de dicha empresa.

3.5. Así que, durante todo el periodo o extremos temporales en los que el actor prestó sus servicios, está el testimonio de CÉSAR ANDRÉS LUNA GARCÉS, quien afirma que el dueño de la Porcícola en la que laboraba el actor, era el demandado ÁLVARO PARRA CORTÉS, y éste era el empleador de aquél. Frente a esto, se arguye en la apelación, que los empleadores lo son las otras empresas demandadas, pero realmente hasta incertidumbre hay en el proceso sobre si la existencia de éstas fue más allá de las formalidades.

3.6. En fin, la sustentación de la apelación no logra derruir las apreciaciones y la conclusión de la A quo, en torno a que el verdadero empleador del demandante lo fue el demandado ÁLVARO PARRA CORTÉS.

4. El extremo final de la relación laboral

4.1. Se arguye en la apelación que la relación laboral terminó en abril de 2.020.

4.2. Para no atender lo anterior, basta decir que, en la contestación de ÁLVARO PARRA CORTES, a la demanda, concretamente al hecho 11, no refuta la fecha de terminación, esto es, el 15 de agosto de 2.020, sino sólo el hecho de que ello

haya obedecido a un despido. Luego, el referido 15 de agosto de 2.020, como fecha del extremo final fijado por la A quo, tiene fundamento probatorio.

5. Respecto a las sanciones moratorias

5.1. Al no quedar derruidas las apreciaciones de la A quo relacionadas a que el real empleador del demandado lo fue el demandado ÁLVARO PARRA CORTÉS, siendo las empresas demandadas OUTSOURCING APOYO HUMANO LTDA y LACTEOS SAN JOSÉ DEL FRAGUA S.A.S, medios para encubrir aquel verdadero empleador, la conclusión que deviene de esto, es la ausencia de buena fe.

5.2. No obstante, en lo que sí le asiste razón a los apelantes es que la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para las cesantías de los años 2014 a 31 de marzo de 2.017, no se debió imponer, habida cuenta que la misma A quo dio por probado que las mismas fueron pagadas al demandado. Recuérdense que, cuando las cesantías, en vez de ser consignadas en un fondo, son pagadas directamente al trabajador, la sanción a la que hay lugar no es a la moratoria del referido artículo 99, sino a la pérdida de las sumas pagadas por el empleador, sin derecho de éste a repetir lo pagado (CST., art. 254).

Lo anterior tiene respaldo en la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL2061-**

2020, SL2694-2019 y SL7335-2014, entre otras). Por ejemplo, en la sentencia **SL7335-2014**, expresó:

“1. Indemnización por omisión de consignar el auxilio de cesantía (num. 3º art. 99 L. 50/90) – Evento de pago directo por parte del empleador.

Sabido es que el auxilio de cesantía es una prestación social que proviene del contrato de trabajo cuya finalidad es la de remediar las necesidades del trabajador, bien sea cuando el vínculo laboral llega a su terminación y aquel permanece cesante, o para satisfacer asuntos relacionados con la vivienda y la educación en los eventos que determine la ley.

La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía.

Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto. Así lo ha adocinado esta Sala de la Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186”.

5.3. Conforme a lo dicho, no hay lugar a imponer aquí la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago directo al trabajador de las relativas a los años 2014 a 31 de marzo de 2.017. Tampoco se impondrá la pérdida de las cesantías correspondiente a esos períodos que se pagó directamente al trabajador, porque esa sanción del artículo 254 del CST no fue pedida en la demanda, y al juez de apelación no le asiste facultades extra ni ultra petita (**Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral**).

5.4. Entonces, la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 quedará así:

Período	Salario	No de días	Valor
Del 1-04-17 al 14-02-18	\$737-717	314	\$7,721,438
Del 15-02-18 al 14-02-19	\$781-242	365	\$9,505,111
Del 15-02-19 al 14-02-20	\$828-116	365	\$9,953,744
Del 15-02-20 al 15 -08-20	\$877.803	180	\$5,266,818

6. Respecto al cálculo actuarial

6.1. Se dice en la apelación que los aportes en pensión de diciembre 2018 a 2019 y parte del 2.020 los realizó el actor como contratista independiente.

6.2. Al respecto, cabe señalar que la A quo condenó al cálculo actuarial por los periodos de noviembre y diciembre de 2018, julio de 2019, y de marzo a agosto de 2020.

6.3. Si se observa la historia laboral del actor emanada de la administradora de pensiones PROTECCIÓN, que fue aportada con la demanda, no es cierto que aparezcan pagados las cotizaciones en pensión de los ciclos noviembre 2018, julio 2019 y de marzo a agosto de 2020. Ahora, en lo que respecta al ciclo de diciembre de 2018, lo que se evidencia es un pago por sólo 9 días, de ahí que no hay lugar a revocar la condena en comentario, sino únicamente a modificarla en cuanto al mentado periodo que no fue pagado en su totalidad.

6.4. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas

Como la apelación prosperó parcialmente y, además, no fue replicada, no hay lugar a imponer condena en costa por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido que la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990 que contiene dicho numeral, queda así:

Período	Salario	No de días	Valor
Del 1-04-17 al 14-02-18	\$737-717	314	\$7,721,438
Del 15-02-18 al 14-02-19	\$781-242	365	\$9,505,111
Del 15-02-19 al 14-02-20	\$828-116	365	\$9,953,744
Del 15-02-20 al 15 -08-20	\$877.803	180	\$5,266,818

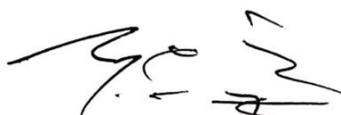
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada, en el sentido que, en lo correspondiente al ciclo de diciembre de 2.018, se deben tener en cuenta únicamente los días que no se cotizaron de ese período.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Si costas en esta instancia.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



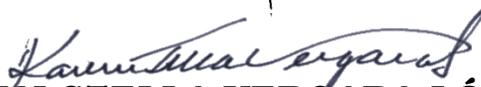
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

Magistrado Ponente	1
FOLIO 310-2022	1
Radicación n° 23-162-31-03-002-2021-00018-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	1
1. La demanda.....	2
2. Contestación de la demanda y trámite.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Problema jurídico	5
3. La relación laboral del actor con el demandado Álvaro Enrique Parra Cortés	5
4. El extremo final de la relación laboral	8
5. Respecto a las sanciones moratorias	9
6. Respecto al cálculo actuarial.....	11
7. Costas.....	12
VII. DECISIÓN.....	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 314-2022

Rad. n° 23-001-31-05-004-2022-00085-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 21 de septiembre de 2.022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GUILLERMO GUSTAVO FLOREZ SALGADO contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES y PORVERNIR se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que se afecta la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento, en tanto que la parte actora fue negligente y tuvo oportunidades para retornar al RPM y retractarse del traslado al RAIS. También protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración y demás consecuenciales a la ineficacia del traslado que impuso el A quo, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros. Igualmente, replica la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo los voceros judiciales de las recurrentes presentaron alegaciones de conclusión, quienes reafirmaron la posición sostenida en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la

Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

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

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

pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

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

de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia revisada, lo cual se ajusta a derecho.

4.3. Es que, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya

dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la

inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

4.4. Y, en cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, 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”.

4.5. Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

“Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del

acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.

5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES y PORVENIR resultaron vencidas en la primera instancia, e incluso, han apelado la sentencia favorable a la parte demandante. Recuérdese que la imposición de condena en costas no está atada a consideraciones subjetivas, como la buena fe o no de las partes.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

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

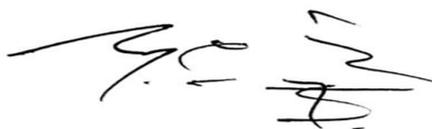
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

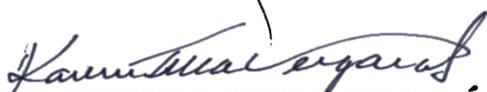


MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 314-2022.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2022-00085-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas a Colpensiones y Porvenir en la primera instancia	12
6. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba
Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

Folio 366-22
Radicación n.º 23 001 31 05 002 2021 00142 01

MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

Acta 110

Montería, quince (15) de diciembre del año dos mil veintidós
(2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, lo que en derecho corresponda sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAMIRO ELÍAS GUZMÁN ARTEAGA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2021 00142 01** Folio 366-22; por ello, en uso de sus

facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley No. 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor RAMIRO ELIAS GUZMAN ARTEAGA presentó demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pretendiendo la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, hecha por la demandada PORVENIR; como consecuencia de lo anterior, se declare que el demandante ha tenido como única afiliación válida y eficaz al sistema general de pensiones, la realizada al régimen de prima media con prestación definida, que se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal del accionante, más los respectivos rendimientos financieros.

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

El actor desde que empezó a laborar se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy Colpensiones, posteriormente, en agosto de 2002 se trasladó al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., empero, al momento de la afiliación a dicho régimen, al demandante no le suministraron de manera clara y precisa, las consecuencias que acarrearía dicho traslado, como, por ejemplo, en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo influencia en la voluntad del actor al momento de la celebración del negocio jurídico que le dio origen al traslado. Por otra parte, afirmó ser ciertos unos hechos y no constarles otros. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“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” “desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones” “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones,*

en caso de ineficacia del traslado” “buena fe” “ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones” “Declaratoria de otras excepciones; innominada o genérica” y prescripción”.

A su turno, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, sobre todo a la que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aduciendo que la afiliación del demandante al R.A.I.S., es totalmente válida y eficaz, ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones, además, se le brindó toda la información requerida para el acto realizado. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos unos y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“prescripción”, “Buena fe”, “inexistencia de la obligación”, “compensación”, “excepción genérica”.*

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia de fecha 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así las cosas, declaró la nulidad del acto de traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado del

régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia, inicialmente expuso que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, dado que la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL 361 del 13 de febrero de 2019, ha sostenido que este asunto en particular, no está sometido al término trienal de prescripción, ya que se trata de garantías constitucionales, que tienen connotación de irrenunciabilidad.

Asimismo, en cuanto al traslado del régimen pensional, dispuso que, se encuentra acreditado que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., sin que esta última indicara los pros y contra que conllevaba ese traslado.

Igualmente, abarcó la teoría de la información documentada, la cual ha sido ampliamente estudiada por Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y tiene como directriz, el deber de las administradora de pensiones de informar adecuadamente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias positivas o negativas que acarree el acto de traslado, así como otros aspectos esenciales, entre ellos, el monto de la pensión entre uno y otro régimen, indicando que, en el sub examine, no se encuentra acreditado que la administradora de pensiones PORVENIR, le haya proporcionado al demandante toda la información respecto al proceso de cambio de régimen.

Además, indicó que, al declararse la ineficacia de traslado se entiende que el demandante nunca estuvo afiliado a porvenir, por ende, debe ésta devolver todos los aportes y rendimientos a Colpensiones.

Por último, condenó a costas tanto a Colpensiones como a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de COLPENSIONES S.A., interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido en primera instancia, manifestando que, no se encuentran conforme con que dicha entidad tenga que asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante al RAIS, lo hizo de manera voluntaria y Colpensiones en ningún momento lo indujo o participó en la decisión libre y voluntaria aprobada por el actor. Asimismo, aun cuando en la sentencia de primera instancia se establece que cada régimen pensional tiene sus características propias, para su concepto debe ser la administradora de pensiones del RAIS, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello debe asumir el pago de las prestaciones que se generen con tal declaratoria, es decir, que es al fondo privado, en este caso Porvenir, al que le corresponde otorgar los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el régimen de prima media, toda vez que,

Colpensiones es un tercero ajeno.

Asimismo, indicó que se oponen a la condena en costas, toda vez que Colpensiones durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna, y bajo el principio de la buena fe y tanto el ISS como Colpensiones, han sido absolutamente cuidadosos en la autonomía de la voluntad privada. Se reitera, Colpensiones es un tercero de buena fe que no debe verse afectada por las resultas del proceso, en ese sentido, solicitó se conceda el recurso de apelación a efectos de que se revoque la sentencia de primera instancia.

Por su parte, el apoderado judicial de Porvenir S.A., interpuso también recurso de apelación, esbozando que, la afiliación del demandante a dicha entidad en el año 2005, no adolece de ningún vicio y de haber existido se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo y por los actos jurídicos realizados por el demandante, en ese sentido, resulta inverosímil que alrededor de 17 años después de haberse trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pretenda regresar a Colpensiones, prohibido por la ley vigente, pues, no existe razón legal para ordenar el traslado de aportes deprecado en el fallo, toda las características del RAIS fueron expuestas al demandante, por parte de Porvenir al momento del traslado de régimen, tal como se pudo evidenciar en la confesión realizada por el empleador en el interrogatorio de parte, por lo cual, Porvenir no indujo al demandante en error, sino por el contrario, despejó las dudas, ventajas y desventajas del régimen y estuvo siempre a disposición de resolver cualquier inquietud sobre el estatus pensional.

Atado a lo anterior, esbozó que la ignorancia del derecho no sirve de excusa, aunado a ello, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, lo cual significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de éste que lo aprovechó, no debe asumir las consecuencias de su celebración,

Por otra parte, en lo que respecta a los rendimientos y gastos de administración, manifestó que, las administradoras de pensiones son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para gestionar el pago de las prestaciones que la ley establece, dicho esto, la rentabilidad generada en las cuentas de ahorro se debe a la buena ejecución de la función de administración del fondo de pensiones, por lo que, no es procedente devolver el seguro previsional y los gastos de administración.

Por último, solicita se absuelva de costas, toda vez que, Porvenir cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella,

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Por medio de auto datado veintiocho (28) de septiembre de la presente anualidad, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos por escrito. A esta Sala llegó intervención del abogado de la parte demandante y de las entidades demandadas, PORVENIR y

COLPENSIONES reiterando los argumentos expuestos previamente en audiencia.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Grado jurisdiccional de consulta.*

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES S.A., por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. *Problema Jurídico*

Es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis. Por lo tanto, corresponderá a este tribunal:

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuado por el demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención.

ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a

pesar de que ésta no participó ni intervino en dicho negocio jurídico.

iii) verificaremos si erró el A-quo al condenar en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

iv) Y, por último, verificaremos si hay lugar a que se declare probada la excepción de prescripción.

3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional

y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal; en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones de éste.¹

4. Caso concreto

En el *sub examine*, se constata, de acuerdo con la contestación a la demanda proferida por PORVENIR S.A., que esta entidad omitió brindar al demandante, la información necesaria para realizar el traslado de régimen, pues no abordaron a plenitud las consecuencias de dicho

¹ Al respecto, véanse las sentencias SL4336-2020, SL1688-2019, SL782- 2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.

acto jurídico, dejando en vilo el futuro pensional del actor, al no tener los datos oportunos y claros al momento del traslado de régimen pensional.

Teniendo presente lo anterior, le corresponde a la demandada probar que la información brindada al actor no solo fue suficiente, sino también completa respecto a la decisión de traslado, puesto que existe una disparidad de conocimientos del administrador y el actor.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al expresar en Sentencia 33083 de 2011 que:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

Se observa, entonces que, Porvenir S.A. incumplió su deber de información, y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, bajo el entendido de que siempre estuvo afiliado al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado

regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos. (Véanse las sentencias **SL17595 de 2017 y SL4989 de 2018**).

6. De la condena en costas.

Las demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitan que se revoquen la condena en costas impuesta por el juez de primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos

que, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., se opusieron a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propusieron excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas contra éstas.

7. De la excepción de prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es pertinente indicar que en la sentencia SL361 radicada bajo el número N° 63615 de fecha trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, claramente expuso que, los casos de nulidad de traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Con imposición de costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la parte demandante, al no haber prosperado los recursos y haber réplica de éste en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **RAMIRO ELÍAS GUZMÁN ARTEAGA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2021 00142 01** Folio **366-22**.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00).

TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

(De permiso)
PABLO JOSE ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado