

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2020-00157-01 FOLIO 031-22

Montería, diez (10) abril de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y BANCO DE BOGOTÁ, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 24 de enero de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GABRIEL RAMON GOMEZ ESPINOSA contra las entidades apelantes.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda.

Pretende el actor se declare que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 12 de enero de 2002, de acuerdo con lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 o la ley 71 de 1988 artículo 7; como consecuencia, se condene al pago del retroactivo pensional causado desde el 12 de enero de 2002, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas y agencias en derecho, y se falle extra y ultra petita.

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

- El demandante nació el día 12 de enero de 1942.

- El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, a la fecha entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, superaba las 750 semanas de cotización y 1000 semanas efectivamente cotizadas al Sistema con anterioridad al 31 de julio de 2014.
- El demandante laboró al servicio del Banco de Bogotá desde el 11 de septiembre de 1967 hasta el 30 de noviembre de 1969.
- El demandante solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, el cual quedó radicado bajo el consecutivo No. 2019_1450350 del 28 de octubre de 2019.
- Mediante Resolución No. SUB350533 del 21 de diciembre de 2019, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante.
- Contra la anterior resolución presentó recurso de apelación, radicado bajo el consecutivo No. 2020_581387.
- Colpensiones en Resolución No. DPE 3948 del 09 de marzo de 2020, confirmó su decisión de negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada.

2.3. Contestación y trámite.

Admitida la demanda y notificada en legal forma a las demandadas, COLPENSIONES la contestó proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas por no cumplir con el requisito de las semanas cotizadas, cobro de lo no debido, no ser beneficiario del régimen contemplado en el acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante decreto del mismo año, prescripción e improcedencia de los intereses moratorios. Por su parte, el BANCO DE BOGOTÁ propuso las excepciones denominadas inexistencia de obligaciones, prescripción y buena fe.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia declaró que el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague una pensión de vejez con base en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, con disfrute a partir del 28 de octubre de 2019, con una mesada inicial de \$1.185.741,59 para el año 2020 la suma de \$1.230.799,77 y

para el año 2021 la suma de \$1.250.615,65, a partir del año 2022 ordenó actualizar anualmente conforme lo indica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; como consecuencia, condenó a COLPENSIONES al pago de un retroactivo pensional desde el 28 de octubre del año 2019 hasta el 31 de diciembre de 2021 en la suma de \$34.882.786,30, suma de la cual autorizó a dicha entidad para descontar lo reconocido por indemnización sustitutiva en valor de \$6.855.960 y el pago de aportes a salud; asimismo, condenó al pago de intereses moratorios a partir del 28 de febrero de 2020 hasta el momento en que se realice el pago efectivo de la obligación, conforme la causación de cada mesada, autorizó a COLPENSIONES gestionar el bono pensional ante las entidades del estado y del sector privado, según la certificación de tiempos de servicio; en el caso del BANCO DE BOGOTÁ le ordenó gestionar el bono pensional o el título correspondiente de las entidades aquí señaladas, asimismo, se condenó a esa entidad bancaria al pago de los aportes en pensión correspondientes al periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1967 y el 30 de noviembre de 1969 y entre el 1 de diciembre de 1976 y el 3 de febrero de 1977; por último, impuso costas a cargo de COLPENSIONES a favor de la parte accionante y fijó como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En su decisión, el A-Quo consideró que era procedente la acumulación de tiempos laborados en el sector público y privado para el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aun cuando existiera reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que el demandante es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aun con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cumple con el requisito de la edad y las 1.000 semanas de cotización durante cualquier tiempo que exige el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca su pensión de vejez a la luz del mencionado Acuerdo.

Señaló que si bien el derecho se causó en el año 2008 cuando alcanzó la edad de pensión y las semanas requeridas, el disfrute se debía reconocer a partir del 28 de octubre de 2019, fecha en la que solicitó la pensión de vejez ante COLPENSIONES.

Para establecer el IBL, consideró que se debía calcular con el promedio de los últimos 10 años de cotización, atendiendo que el demandante no superó las 1.250 semanas de cotización, obteniendo un IBL para el año 2008 de \$1.024.746,74, al cual se le aplicó un monto del 75%, que le arrojó una pensión de \$768.560,5 para el año 2008 y para el año 2019 una mesada de \$1.185.741,59, para el año 2020 la suma de \$1.230.799,77 y para el año 2021 la suma de \$1.250.615,65.

En cuanto al retroactivo, indicó que no aplicaba la prescripción, por lo que lo liquidó desde el 18 de octubre de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2021, dándole como resultado la suma de \$34.882.786,30.

Condenó a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al considerar que los motivos de la negativa de COLPENSIONES no eran válidos, en cuanto argumentó que los tiempos laborados en el sector público y privado no eran computables para reconocer la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, los impuso desde el 28 de febrero de 2020, fecha en que vencieron los 4 meses con los que contaba la Administradora para dar respuesta a la solicitud. No ordenó la indexación por ser incompatible con los intereses moratorios impuestos.

Finalmente le ordenó al BANCO DE BOGOTA pagar los aportes dejados de realizar aun cuando en la época en que se prestó el servicio por parte del demandante, el ISS no había iniciado su cobertura, según lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

IV RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES a través de su apoderada judicial, se mostró inconforme con la sentencia de primera instancia, manifestando que pagó la indemnización sustitutiva por no cumplirse con el requisito de semanas cotizadas. Sostuvo que se debe tener en cuenta la incompatibilidad existente entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que solicita que sea revocada la sentencia y se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el BANCO DE BOGOTÁ por conducto de su apoderado judicial manifestó su inconformidad con la sentencia y no estar de acuerdo con el numeral quinto de la misma, en cuanto se condenó a realizar pago de aportes a COLPENSIONES previo cálculo actuarial y en favor del demandante por los periodos condenados. En cuanto a los tiempos ordenados por el a quo para realizar el cálculo actuarial, precisó la inexistencia de la obligación de realizar las cotizaciones porque el sistema no lo permitía, pero, en gracia de discusión debía tenerse en cuenta que el despacho no precisó puntualmente de qué manera operaría el cálculo actuarial.

Insiste en que el despacho infortunadamente no tuvo en cuenta que el periodo de 1/12/1976 al 3/02/1977 reconocido por el ISS, ahora COLPENSIONES e incluso por el propio demandante al momento de presentar las resoluciones que fueron citadas en su oportunidad, por lo que debe modificarse la decisión en el sentido de establecer que se encuentran reconocidos y pagados los aportes del periodo del primero de diciembre de 1976 al tres de febrero de 1977.

Finalmente, menciona que se debe tener en cuenta que no quedaron probados los salarios devengados entre el periodo comprendido entre el 11/09/1967 hasta el 30/11/1969.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La accionada COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial alegó de conclusión en los mismos términos de su recurso de apelación.

Por su parte, el BANCO DE BOGOTÁ efectuó las siguientes precisiones:

El hoy demandante señor GABRIEL RAMÓN GOMEZ ESPINOZA laboró para BANCO DE BOGOTA S.A., en los siguientes períodos: Del 11 septiembre de 1967 hasta el 30 noviembre de 1969 y del primero de diciembre de 1976 hasta el 3 febrero de 1977.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) fue creado por la ley 90 de 1946, pero no fue sino a partir del 1 de enero de 1967, que se comenzó a asumir paulatinamente los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

El llamamiento a inscripción determina el momento a partir del cual un empleador está en la obligación de afiliación de sus trabajadores a pensiones, es claro que BANCO DE BOGOTA no tenía la posibilidad legal de afiliar con anterioridad al demandante al ISS PENSIONES en el periodo del 11 de septiembre de 1967 al 30 junio de 1969 puesto que no existía en rigor el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, este solo aplicaba en algunas zonas del país y se hacía desde el momento de su vigencia.

Por consiguiente, después de la creación del ISS era imposible realizar las afiliaciones y cotizaciones pues el mismo sistema de ISS hoy COLPENSIONES no permitía la afiliación, mucho menos los pagos de aportes para estas contingencias, solo se permitía en las zonas donde aplicaba la cobertura, antes de esa fecha, no existía obligación de hacerlo.

No existía norma vigente en el ordenamiento jurídico que impusiera obligación al empleador de reconocer obligaciones pensiones o aportes pensionales por el mismo periodo, en consecuencia, solo a partir del 1 julio de 1969 al 30 noviembre de 1969 se pudieron realizar las cotizaciones a pensión a favor del hoy demandante al Instituto de Seguros Sociales, a través de los números patronales 170-16200028 y 220-16200002, tal como consta en la certificación laboral que aportó el demandante. (fl. 89) y luego las del segundo período laborado 1 diciembre de 1976, hasta 3 febrero de 1977, como se evidencia en la planilla de aportes.

De ello se puede concluir que, si bien el trabajador laboró para Banco de Bogotá en el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1967 hasta 30 junio de 1969 no existió obligación de cotizar, ni hubo acción de cobro por parte de ISS hoy COLPENSIONES de los aportes reclamados para ese periodo, haciendo énfasis en que en para la época tampoco existía la cobertura del servicio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales.

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

6.2. Problema jurídico a resolver.

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 el recurso de apelación; sin embargo, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, es procedente estudiarla en el grado jurisdiccional de consulta, en lo decidido en contra de COLPENSIONES y que no haya sido motivo de apelación.

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si existe compatibilidad entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ii) si el BANCO DE BOGOTÁ está en la obligación de realizar aportes en pensión a favor del demandante; determinado lo anterior, se establecerá iii) Si el demandante tiene derecho

a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; en consecuencia, establecer iv) si tiene derecho al pago de retroactivo pensional e intereses moratorios, asimismo, v) si COLPENSIONES está obligada a gestionar los bonos pensionales ante las entidades públicas y privadas para las cuáles trabajó el demandante, y vi) si es procedente imponer condena en costas.

6.3. Compatibilidad de la pensión de vejez con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Frente a este aspecto puntual, motivo de apelación de la sentencia por parte de la apoderada de COLPENSIONES, es importante señalar que este es un tema decantado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en el sentido de que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide que posteriormente se reconozca la pensión por ese mismo riesgo, pues la primera tiene un carácter residual frente a la segunda. Así lo dijo entre otras en la sentencia **SL11042 – 2014**, al señalar lo siguiente:

“2º) Superado lo anterior, se impone recordar que conforme al criterio de esta Corporación, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, no impide la reclamación judicial de la pensión de vejez cuando el derecho pensional se había consolidado en fecha anterior a la solicitud pensional, habida cuenta que (i) la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez, es decir, solo procede el reconocimiento de aquella cuando la persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez; (ii) cuando el trabajador cumple con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, ya tiene un derecho adquirido; y (iii) el error de la administradora de pensiones que niega el derecho pensional a pesar de que el peticionario cumple con los requisitos mínimos, no puede generar beneficio alguno en su favor.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 36637, la Sala apuntó:

No sobra destacar que el hecho de que el Instituto demandado le hubiera reconocido y pagado equivocadamente a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no tiene incidencia alguna en frente de la constitución del derecho pensional con anterioridad a ese momento, dado que la pérdida de eficacia de las cotizaciones por vía del reconocimiento de esta clase de prerrogativas se produce siempre y cuando no se tenga el de la pensión, que es un derecho principal, pues, aparte de que éste ipso facto al cumplimiento de sus exigencias tendrá la connotación de derecho adquirido, lo cierto es que el error del administrador del sistema de riesgos no puede ser fuente de derecho alguno a su favor como para sustraerse al reconocimiento de la prestación y, obviamente, en modo alguno en desmedro del derecho pensional del cotizante o trabajador.”

Ahora, es claro que una vez recibida la indemnización sustitutiva no hay posibilidad de pensionarse por vejez, pues el disfrute de ambas prestaciones es incompatible a la luz de lo

establecido en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, sin embargo, es posible que la pensión sea reclamada si posteriormente se demuestra que tenía derecho a ella. Al respecto también es pertinente citar la **SL1703-2018**, en la que se señaló:

“Por su parte, en torno a lo que plantea el censor en el numeral 4 de los desaciertos fácticos denunciados, debe precisarse que el pago de la indemnización sustitutiva, no impide el eventual reconocimiento de la pensión de vejez, cuando posteriormente se constata que procedía la referida prestacional pensional, en tanto vele y se reitera esta es irrenunciable (CSJ SL11042-2014 – CSJ SL9769 – 2014).”

En conclusión, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es óbice para el posterior reconocimiento de la pensión de vejez, pues la primera prestación tiene un carácter residual, prevaleciendo para el afiliado el derecho a recibir la pensión de vejez como derecho principal, considerando la Sala que el A-Quo no se equivocó en su decisión al respecto, pues la basó en lo que sobre la materia ha adocinado la jurisprudencia nacional.

6.4. Pago de aportes por parte del BANCO DE BOGOTÁ

Por otra parte, frente al pago de los aportes a cargo del BANCO DE BOGOTÁ, la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en su artículo 72, dispuso:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.”

Lo anterior indica que antes de la entrada en vigencia de la norma citada, eran los empleadores los encargados de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y sólo a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, se empezó a asumir de forma paulatina y no absoluta el cubrimiento por parte del ISS de las prestaciones que se encontraban a cargo de los empleadores, pues no le era fácil al Estado la implantación del Sistema General de Pensiones, en todo el territorio nacional de forma general e inmediata, sino que en la medida de sus posibilidades el ISS fue asumiendo la responsabilidad prestacional en los riesgos de IVM en todo el territorio nacional, inclusive, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, este no fue absoluto; así lo explicó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL3892-2016**, en la que señaló:

“(…)

Lo anterior para destacar que aunque el punto no ha sido pacífico, hoy con la nueva conformación de la Sala, no se somete a duda que la dificultad logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, que impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones del país, sino que, en la medida de su viabilidad, la cobertura se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. No se olvide que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.” (...).

Es por lo anterior, que las empresas en cuyos municipios no había cobertura del ISS, no estaban en la obligación de afiliar a sus empleados al sistema de pensiones administrado por dicha entidad, hasta tanto el ISS no empezara a cubrir las contingencias de IVM en el territorio donde se encontraba ubicado el empleador.

Sin embargo, la Corte ha indicado que esto no implica que dichas empresas no estén en la obligación de pagar al ISS los respectivos aportes a que tienen derecho sus trabajadores por el tiempo laborado con anterioridad a la cobertura de los riesgos de IVM por parte de esa entidad; así es que, según la Corte, los tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria, igualmente, tiene la obligación de reconocer ese tiempo a través de un cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797.

Ahora, también la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha expresado que la obligación de pagar el cálculo actuarial no surge como la imposición de una sanción por un incumplimiento que no se ha presentado, sin embargo, aclara que el legislador no hace distinción entre la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., y la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas, en este caso, para que el ISS hoy COLPENSIONES pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la ley 90 de 1946, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes, para que pueda considerarse liberado de la carga que le correspondía. En síntesis, el empleador debe reconocer esos **tiempos de servicios con el valor correspondiente del cálculo actuarial. (sentencia SL3892-2016).**

En el caso bajo estudio, es necesario aclarar que una vez revisado el reporte de semanas cotizadas (folios 130 – 132), se evidencia que el tiempo trabajado por el demandante desde el 01/12/1976 – 03/02/1977, se encuentra cotizado por el BANCO DE BOGOTÁ, lo que lo exime de realizar nuevamente esos aportes, concluyéndose de esta manera, que dicha entidad bancaria está obligada a realizar los aportes en pensión a favor del demandante y con destino

a COLPENSIONES, sólo por el periodo laborado desde el 11/09/1967 – 30/11/1969, lo cual se debe hacer a través de un cálculo actuarial representado en un título o bono pensional.

6.5. Acumulación de tiempos de servicios públicos y privados (Acuerdo 049 de 1990)

La ley 71 de 1988, fue estatuida precisamente para los empleados oficiales y trabajadores oficiales que acreditaran 20 años de aportes acumulados en las entidades de previsión social del sector público y en el Instituto de los Seguros Sociales, los cuales tendrían derecho a una pensión de jubilación al cumplimiento de (55) años de edad en el caso de las mujeres.

Por su parte, en aplicación exclusiva del decreto 758 de 1990, el órgano de cierre de esta jurisdicción venía sosteniendo hasta el año 2019 que no era posible la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión con dicho Decreto, esa tesis fue modificada, pues según lo expresado en la sentencia **CSJ SL1981-2020**, reiterada en la **SL2557-2020**, los tiempos laborados en el sector público y cotizados al ISS son plenamente computables para el estudio del derecho pensional a la luz del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año. Se trae a colación apartes de la sentencia aludida:

“(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990,

aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”

Esta tesis la venía sosteniendo la Corte Constitucional desde el año 2014, específicamente en la sentencia SU769/14, donde señaló que los tiempos cotizados al ISS y los laborados en el sector público son computables; según la Corte Constitucional del tenor literal de la norma no se desprende que el número de semanas de cotización requeridas lo sean las aportadas exclusivamente al ISS; y que el régimen de transición se circunscribe a tres ítems -edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión-, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones.

Bajo esa interpretación, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dice la Corte Constitucional: *“es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.”*

Quiere decir lo anterior, que, en casos como este en los cuales existe tiempos laborados en el sector público y cotizaciones efectuadas en el ISS provenientes del sector privado, es posible estudiar el derecho pensional bajo las exigencias del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

6.6. Derecho a la pensión de vejez

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala que:

“La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) años para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al entrar en vigencia el sistema tenga treinta y cinco (35) años o más de edad sin son mujeres y cuarenta (40) años o más si son hombres, o quince (15) o más años de servicio

cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)

De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía del demandante visible a folio 18 del expediente, este nació el día 12 de enero de 1942, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) el demandante tenía 52 años de edad cumplidos, lo que quiere decir que es beneficiario en principio del régimen de transición previsto en el artículo 36 transcrito.

Sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005 puso un límite al citado régimen de transición al consagrar en su parágrafo transitorio 4º que:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”

Una vez sumados los tiempos laborados por el demandante en el sector público y privado, no cotizados al ISS, estos arrojan como resultado el equivalente a 807,56 semanas de cotización; sumadas esas semanas con las cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, tenemos que el demandante hasta antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, específicamente hasta el 01 de julio de 1992, tenía cotizado un total de **908,14 semanas**, es decir, que al 2005 cuando entró a regir el acto legislativo citado, tenía más de las 750 semanas exigidas por la norma, por lo que se le debe respetar el régimen de transición aun después del 31 de julio del año 2010 y hasta el 31 de diciembre del año 2014, fecha en la cual desaparece por completo el régimen de transición.

Acorde con lo anterior, es claro que el derecho pensional invocado se puede estudiar con el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, por lo que se procede de la siguiente manera:

El artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año señala que:

“Requisitos de la pensión por vejez. - Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

A.- Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si es mujer y,

B). - Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

En cuanto al requisito de la edad, conforme se observa de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 18 del expediente, el demandante nació el día 12 de enero de 1942, lo que indica que cumplió 60 años de edad el día 12 de enero de 2002, cumpliendo así con el primer requisito que exige la norma citada.

En cuanto al requisito de semanas, al sumarse las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (203,71 semanas) con los tiempos laborados y no cotizados al ISS (807,56 semanas) arroja un total de **1.011,27 semanas de cotización**, cumpliendo con el segundo requisito al superar las 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo que exige la norma.

No ocurre lo mismo, con el requisito de las 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pues el demandante entre el 12 de enero de 1982 y el 12 de enero de 2002, solo cotizó **307,1 semanas**.

De lo anterior se concluye que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que solicita en la demanda, bajo las exigencias del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al cumplir los requisitos exigidos en la misma antes del 31 de diciembre de 2014, por lo que esta Sala considera que el A-Quo no se equivocó en su decisión al respecto.

6.6.1. IBL y monto de la pensión

Ahora bien, en cuanto al ingreso base para liquidar la pensión del actor, debemos precisar que al entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral (1 de abril de 1994), le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional, por lo que el ingreso base para liquidar la pensión se rige por el **artículo 21 de la ley 100 de 1993**, el cual señala lo siguiente:

“Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizadas anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

“Cuando el promedio de ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Pues bien, la norma consagra dos opciones para obtener el salario base de liquidación de la pensión, bien sea el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al

reconocimiento pensional o lo devengado durante toda su vida laboral, siempre y cuando éste haya cotizado más de 1.250 semanas; en el caso del demandante, sólo cotizó 1.011,27 semanas, por lo que la liquidación de su IBL se realizará con el promedio de los IBC de los últimos 10 años.

Así las cosas, los 10 años efectivamente cotizados van desde el 15 de enero de 1980 hasta el 31 de octubre de 2008, teniendo en cuenta la fórmula contenida en la sentencia **SL6916-2014**, los IBC certificados por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA y la CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA (ver folios 81 – 85 y 91 – 93), en los que se incluye la bonificación por servicios prestados (Decreto 1158 de 1994) y los reportados ante COLPENSIONES, da un IBL de **\$971.205,11** actualizado hasta el año 2008, el cual es inferior al obtenido por el A-Quo en su sentencia.

Ahora, de acuerdo con el **parágrafo 2º del artículo 20 del decreto 758 de 1990** al demandante le corresponde el 75% del IBL por haber cotizado un máximo de 1.011,27, lo cual arroja una mesada de \$728.403,83 para el año 2008, superior al SMMLV de ese mismo año (\$461,500), pero inferior a la establecida por el A-Quo en su sentencia.

Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de que el IBL corresponde a la suma de \$971.205,11 y la mesada para el año 2008 corresponde a la suma de \$728.403,83.

6.6.2. Disfrute

Por otra parte, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, distingue dos conceptos, el de causación de la pensión de vejez y el disfrute de la misma; el primero se refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas y el segundo, se refiere a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen y la solicitud del reconocimiento del derecho por parte del interesado; la norma es del siguiente tenor literal:

“Artículo 13. Causación y disfrute de la pensión por vejez. La pensión de vejez, se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.”

Frente a este tópico, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 01 de febrero de 2011 con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, dijo:

“Por lo demás, esta Sala de la Corte ha expresado que tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no se confunden, porque tienen identidad y efectos propios. En el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo, que supone el cumplimiento del primero, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, por lo cual el ad quem no incurrió en el yerro jurídico que le increpa el censor”

De lo anterior se infiere que la inclusión en nómina o el pago de las mesadas pensionales del beneficiario de la pensión y su cancelación depende del retiro definitivo del sistema, pero, además, es la solicitud de la pensión la que determina el momento a partir del cual se deberá empezar a pagar la misma, concluyendo la Sala que, si bien el demandante alcanzó su estatus pensional en el año 2008 cuando alcanzó la densidad de semanas y edad para pensionarse, lo cierto es que la solicitud de la pensión la realizó el día 28 de octubre de 2019, siendo esta fecha en la que dio a conocer su intención de acceder al derecho, por lo que es esa data a partir de la cual se debe reconocer el disfrute de la pensión.

6.6.3. Retroactivo pensional.

Prescripción: Antes de establecer el retroactivo pensional a que tiene derecho el demandante, es necesario establecer si se presenta la prescripción, excepción planteada por la parte demandada.

Los artículos 488 y 489 del CST, y el artículo 151 del CPTSS, establecen en el derecho social el término de prescripción de tres (3) años, contados a partir del momento en que se causa el derecho; aclarando que el derecho pensional no es susceptible de verse afectado por ese fenómeno, en cambio las mesadas pensionales sí pueden prescribir.

Asimismo, el artículo 151 del CPTSS y el artículo 489 del CST, señalan que la prescripción se puede interrumpir con el simple reclamo del trabajador o en este caso del afiliado, por una sola vez.

En el caso concreto, el disfrute de la pensión se concede a partir del 28 de octubre de 2019 y la demanda fue presentada el día 15 de septiembre de 2020, por lo que no opera el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante, situación en la que no se equivocó el juez de conocimiento.

Liquidación: Al realizarse la operación correspondiente teniendo en cuenta una mesada pensional de \$1.123.788,13 para el año 2019, una mesada de \$1.166.492,15 para el año 2020

y de \$1.185.272,68 para el año 2021, el resultado obtenido es de **\$32.932.898**, por concepto de retroactivo pensional de las mesadas causadas desde el 28 de octubre de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2021; asimismo, la mesada pensional que deberá continuar pagando COLPENSIONES al demandante, corresponde a la suma de \$1.251.885 para el año 2022 y \$1.416.132,31 para el año 2023, mesada que se seguirá incrementando anualmente conforme lo ordena el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; en ese sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

6.7. Intereses moratorios Art. 141 ley 100 de 1993 e indexación.

Sobre la procedencia de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dicha norma dispone lo siguiente:

“Art. 141. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

Acorde con esta norma, los intereses moratorios deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas.

Lo anterior toda vez que se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a disminuir los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio.

Así lo ha considerado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL11897-2016**, en la que expuso:

1. Ahora bien, en relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512, se orientaba a que debían ser impuestos cuando se presentara retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hubieran rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

Basta traer a colación las sentencias CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 42783 y CSJ SL, 29 may. 2003, rad. 18789, para ilustrar ese criterio:

Cierto es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512).

No obstante lo anterior, la Sala en sentencia CSJ SL704-2013, atenuó esa posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Cuando se den tales circunstancias no resultaría razonable imponer el pago de intereses moratorios porque la conducta del obligado «no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia».

Lo anterior para concluir que, es procedente la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sin importar la buena o mala fe de COLPENSIONES en su negativa al reconocimiento del derecho e independientemente de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional.

Ahora, en cuanto a la fecha de imposición de los mismos, es dable señalar que el criterio generalizado es que los intereses se deben imponer una vez transcurridos los 4 meses con que cuenta el fondo para reconocer el derecho sin que lo haya hecho (sentencia radicada No. 36024 del 3 de junio de 2009, con ponencia del H.M. Luís Javier Osorio); así entonces, como quiera que el actor elevó petición ante COLPENSIONES el 28 de octubre de 2019, los intereses deben ser impuestos a partir del 28 de febrero de 2020; en ese sentido no erró el juez de primera instancia a imponer los mencionados intereses desde esa fecha.

6.8. Obligación de COLPENSIONES de tramitar los bonos pensionales a favor del demandante

En cuanto a la tramitación de los bonos pensionales por parte de COLPENSIONES, ante cada entidad para la cual trabajó el demandante, la misma es procedente a la luz de los artículos 48 y 52 del Decreto 1748 de 1995, modificados por los artículos 20 y 22 del Decreto 1513 de 1998, respectivamente, por lo que se mantendrá incólume la decisión de primera instancia al respecto.

6.9. Condena en costas en primera instancia contra COLPENSIONES

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES, será confirmada.

6.10. Costas.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia debido a que la parte actora no presentó réplica al recurso de apelación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido que el IBL corresponde a la suma de \$971.205,11 y la mesada para el año 2008 corresponde a la suma de \$728.403,83; por lo tanto, el demandante GABRIEL RAMON GOMEZ ESPINOSA, tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, le reconozca y pague una pensión de vejez con base en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, con disfrute a partir del 28 de octubre de 2019, con una mesada inicial de \$1.123.788,13 para el año 2019, una mesada de \$1.166.492,15 para el año 2020 y una mesada de \$1.185.272,68 para el año 2021; asimismo, la mesada pensional que deberá continuar pagando COLPENSIONES al demandante, corresponde a la suma de \$1.251.885 para el año 2022 y \$1.416.132,31 para el año 2023, la cual se seguirá incrementando anualmente conforme lo ordena el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de que COLPENSIONES debe pagar a favor del demandante GABRIEL RAMON GOMEZ ESPINOSA, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 28 de octubre del año 2019 hasta el 31 de diciembre de 2021, la suma de **\$32.932.898**, suma de la cual se descontará por parte de COLPENSIONES, lo pagado por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en valor de **\$6.855.960**.

TERCERO: MODIFICAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada, en el sentido de que los aportes que debe cancelar el BANCO DE BOGOTÁ a favor del demandante son sólo los correspondientes al tiempo laborado por el demandante, desde el 11 de septiembre de 1967 hasta el 30 de noviembre del año 1969.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS
Radicado N° 23-001-31-05-003-2021-00190-01 FOLIO 375-2022**

Montería, diez (10) de abril de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por la parte demandada COLPENSIONES, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 14 septiembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ MIGUEL BALLESTEROS PUCHE, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora, señor JOSÉ MIGUEL BALLESTEROS PUCHE, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, efectuado el 01 de octubre de 2001. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a COLFONDOS S.A trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Estuvo afiliado en primer momento al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, desde el 02 de enero de 1991 hasta el 30 de septiembre de 2001 realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad.
- El 01 de octubre de 2001 efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos donde aún se encuentra afiliado, solicitando en el mes de marzo del año 2020 el valor actualizado de su bono pensional a la fecha, el número de semanas cotizadas y el saldo que reposa en su cuenta de ahorro individual.
- Colfondos en respuesta, le informa al demandante que el valor de su bono pensional es de \$35.572.884, adicionalmente cuenta con un saldo de \$138.752.162, para un capital acumulado de \$174.325.046 millones de pesos; valor que le alcanzaría para obtener una pensión de vejez de salario mínimo legal mensual.
- El demandante nació el día 16 de noviembre de 1959, por lo que cumple la edad de 61 en el año 2020, y realizando la proyección pensional del valor de su pensión si estuviera en el RPM administrado por Colpensiones, se tiene que su expectativa pensional sería superior a la que actualmente le proyecta Colfondos.
- Reitera que a la fecha cuenta con un total de 1.427 semanas, y que actualmente se encuentra laborando, por lo tanto, puede aumentar esa cantidad, cumpliendo el requisito de semanas exigidas por la ley 797 de 2003 para alcanzar una pensión de vejez.
- Asegura que al momento de realizar su traslado del ISS hoy Colpensiones a Colfondos fue inducido a error, ya que no le informaron cual era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, le aseguraron un futuro mejor al que le podía ofrecer Colpensiones, además que los funcionarios encargados de dicha entidad NO le suministraron una información veraz, oportuna, precisa y transparente acerca de las consecuencias del traslado del RPM al RAIS, asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en Colpensiones.
- Al declararse la nulidad o ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS este podría pensionarse en Colpensiones con base en los requisitos consagrados en la Ley 797 del año 2003 y adquirir una pensión de vejez más alta a la fecha en que se pensione

con el debido cumplimiento de los requisitos, y en consecuencia tener una mejor expectativa de la que le ofrece Colfondos.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser terceros de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica.*

2.3.2. COLFONDOS S.A no presentó excepciones, allanándose así a las pretensiones de la demanda.

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones del demandante señor JOSÉ MIGUEL BALLESTEROS PUCHE, al considerar que COLFONDOS, y COLPENSIONES no cumplieron con su deber de brindar una información clara, precisa y completa al demandante sobre el traslado de régimen. Como consecuencia de esa falta de información, se da la ineficacia del traslado que hizo el demandante del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A que representaría al RAIS, a partir del 01 de octubre de 2001. Por lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A devolver a COLPENSIONES, todos los aportes que el demandante tenga en su cuenta individual, bonos pensionales, gastos de administración con rendimientos financieros y demás emolumentos, tal y como lo establece el Artículo 1746 del Código Civil, asimismo deberá devolver la información correspondiente a la conformación del historial laboral del demandante; frente a COLPENSIONES, indicó que el actor conservará la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido, de modo que deberá recibir y darle validez a los aportes pensionales que

recibirá de parte de COLFONDOS S.A; pues, no obra dentro del expediente prueba idónea que se le hubiera brindado la información necesaria al demandante para efectuar el traslado.

Declaró no probadas las excepciones de prescripción y demás propuestas por COLPENSIONES y la condenó en costas. El Juez basa su decisión en la línea jurisprudencial pacífica de la Corte Suprema de Justicia que desde el año 2008 ha sido consolidada y ha establecido la tesis de la ineficacia del traslado de régimen cuando no se da una debida información respecto a sus ventajas y desventajas, y al deber de información que les asiste a las administradoras, comprensible en la simetría que debe existir entre el administrador experto y el afiliado con relación a temas de alta complejidad.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES S.A

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que se ha desempeñado como un tercero de buena fe, pues no tuvo injerencia en los actos que dieron lugar a la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto en el acto de traslado realizado por el actor, la administradora no interviene en ningún momento, no promovió ni participó en el traslado de régimen efectuado por el señor JOSÉ MIGUEL BALLESTEROS PUCHE, de manera que Colpensiones siempre fue un tercero frente a esa situación.

De otro lado, manifiesta que no se puede desconocer la prohibición legal consagrada en el art 13 de la ley 100 de 199, relativa a que faltando 10 años o menos para cumplir la edad que da derecho a pensión de vejez, los afiliados no se pueden trasladar de régimen, argumentando que en el caso bajo estudio el demandante cuenta con 62 años de edad, lo que quiere decir que se encuentra en la edad tenida como requisito legal para pensionarse si cumple los demás requisitos también establecidos por la ley.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, solicita su revocatoria, teniendo en cuenta que como se manifestó, COLPENSIONES actuó sin temeridad y bajo el principio de buena fe.

4.2. Apelación de COLFONDOS S.A

Presentada la oportunidad procesal, se manifestó sin recursos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Pide la revocatoria de la sentencia apelada, reiterando los argumentos expuestos como fundamento del recurso de alzada y allega sustitución de poder.

5.2 ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Oportunamente, a través de apoderado, allega escrito donde manifestó que, en estos casos la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, por lo cual, si el mismo alega que no recibió la información debida al momento de efectuarse la afiliación, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, luego entonces como el trabajador no puede acreditar lo que no recibió, se encuentra obligada su contraparte a demostrar que si reportó las novedades o variaciones que se suscitarían al momento del traslado de régimen, toda vez que como se conoce, el deber de información al momento de traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones; en ese sentido solicita sea confirmada en todas sus partes la sentencia proferida en primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

*“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que **desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.***

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

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede

ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

En el sub exánime, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por la AFP COLFONDOS, se indica que el señor JOSÉ MIGUEL BALLESTEROS PUCHE efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, el 24 de agosto de 2001 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2001. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte del accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP accionada, COLFONDOS S.A. demostrar que, al momento del traslado entre regímenes, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, no aportan ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental sobre las consecuencias negativas del citado traslado y acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes. Por lo tanto, ha de concluirse que la accionada no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, incluso, COLFONDOS S.A. admite el incumplimiento de su obligación en respuesta a la demanda, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

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

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

civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

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

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

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

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

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

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

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que el demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS- que tuvo su efectividad a partir del 1º de octubre de 2002, pues la ineficacia implica retrotraer la

situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

(…)

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

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

“Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

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

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

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

6.5. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES, en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de COLPENSIONES, aún más si tomamos en consideración que se opuso a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y propusieron excepciones.

Ahora bien, como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso a COLPENSIONES S.A., (además de que hubo réplica de la parte demandante), es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ella.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, atendiendo las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, agencias en derecho en la suma de un (1) SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS
Radicado N°. 23-162-31-03-001-2021-00035-01 FOLIO 43-22**

Montería, abril diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

Decide el Tribunal lo que en derecho corresponda sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por el demandante JUAN CARLOS ARROYO HERRERA, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 31 de enero de 2022, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cerete, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido contra el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

El señor JUAN CARLOS ARROYO HERRERA, demandó al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., para que se declare que el BANCO terminó el contrato de trabajo a término fijo de seis (06) meses, según indica “*sin justa causa imputable al patrono*”, el día 30 de junio de 2019, en vigencia de la prórroga operante desde el día 01 de abril de 2019 hasta el día 30 de septiembre de 2019.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene por concepto de indemnización por el despido sin justa causa a pagar los salarios causados y no pagados, hasta el vencimiento de la última prórroga, comprendida entre el 01 de abril de 2019 al 30 de septiembre de 2019, con la debida indexación hasta el pago total de la obligación, que se reliquiden las cesantías, “*por no incluir la prima vacaciones*” y prima de navidad, se cancele la sanción moratoria por

la retención ilegal e indebida de las cesantías, desde el año 2008 hasta el año 2019, se indemnice el perjuicio moral y el perjuicio a la vida en relación derivados por el despido unilateral y sin justa causa, que se condene a lo que resulte ultra y extrapetita y que la sociedad demandada pague las agencias en derecho y costas del presente proceso.

1.2. HECHOS

Relata el actor que suscribió contrato a término fijo de seis (06) meses con la entidad demandada, contados a partir del día 01 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2008, prorrogado sucesivamente de manera tácita hasta el 30 de junio de 2019, finalizando de manera injusta e ilegal.

Manifiesta que en la cláusula cuarta del contrato se estableció que la prórroga debería constar por escrito, pero si extinguido el plazo estipulado el trabajador continuare prestando sus servicios al Banco Agrario, con su consentimiento expreso o tácito, el contrato se consideraría por ese solo hecho prorrogado por un lapso de seis (6) meses. Señala que dichas prórrogas, sean escritas o tácitas, deben efectuarse con antelación al vencimiento del término del contrato, sin embargo, al revisar las prórrogas escritas no se indica la fecha de suscripción para efectos de determinar si se deben tomar como escrita o tácita.

Alude que en desarrollo del principio de favorabilidad todas las prórrogas se deben entender realizadas de manera tácita y en consecuencia, la última prórroga debe tenerse desde el 01 de abril de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2019, sin embargo, la parte demandada dio por terminada la relación contractual de forma anticipada el 30 de junio de 2019, bajo el concepto de expiración del plazo presuntivo.

Expresa que realizando las reliquidaciones por concepto de cesantías desde el año 2008 hasta el año 2019, se evidencia una cantidad de dinero faltante, y que el demandado no depositó en el fondo de cesantías de forma correcta el valor de las cesantías, lo que da lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por su indebida liquidación.

Aduce que el reglamento interno de trabajo del Banco, en su artículo 32 dispone que la prima de vacaciones constituye factor salarial para la liquidación de la prima de navidad y las

cesantías, y que su liquidación de las prestaciones sociales no atiende los parámetros señalados en la ley y el reglamento interno de trabajo, ya que omitió incluir el concepto de primas de vacaciones y la 12ª parte de la prima de vacaciones.

Expresa que se debe condenar a la sanción moratoria por los pagos salariales y prestacionales faltantes desde la vinculación al Banco Agrario hasta la fecha de presentación de la demanda, que asciende a la suma de \$281.832.600,00.

Señala que la parte demandada adeuda además de lo señalado por la inadecuada liquidación de las cesantías, intereses a la cesantías y prima de navidad, el perjuicio moral ocasionado por el despido ilegal e injustificado.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por considerar que la terminación del contrato fue bajo una causa legal y objetiva, consagrada en el artículo 47 del decreto 2127 de 1945, y, además, la entidad cumplió con la obligación de pagar al demandante en todo momento sus prestaciones sociales. Agrega que las cesantías fueron liquidadas correctamente y consignadas al fondo administrador de cesantías, que en el caso fue el Fondo Nacional del Ahorro.

En lo que respecta a los hechos, la entidad demandada aceptó algunos, otros los aceptaron parcialmente y los demás los declaró que no eran hechos. Finalmente, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante proveído del 31 de enero de 2021, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cerete, declaró probada la excepción de mérito denominada inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, igualmente denegó las pretensiones de la demanda y declaró que no había lugar al pago de la sanción moratoria solicitada por indebida liquidación de las mismas.

Fundamenta el A-quo su decisión, afirmando en primer lugar que el contrato de trabajo suscrito por las partes el 01 de abril de 2008 a término fijo, al cual se le efectuaron algunas adendas en relación con el plazo, tiene plena validez, por cuanto conforme material probatorio estas fueron suscritas por las partes, plasmadas por escrito, y en las mismas se estableció el término en que se prorrogaba el contrato de trabajo.

Señala el A-quo que no comparte lo afirmado por el demandante en el sentido que las cláusulas adicionales al contrato de trabajo se deben tener como no escritas y no darle validez, por no haber indicado la fecha de suscripción de las mismas, por cuanto si se observa la cláusula cuarta del contrato inicial (Archivo Demanda 01 - Folio 32) y la cláusula décima segunda (Archivo Demanda 01 - Folio 33), es claro que ello fue cumplido en las cláusulas adicionales pues las mismas fueron suscritas por ambas partes con su consentimiento, por escrito y en estas se estableció el término en que se prorrogaba el contrato de trabajo y dichos cambios conforme lo establecido en citada la cláusula décima segunda tienen valor desde la fecha en que firmaron los contratantes, pues en ella se plasmó y se exteriorizó la voluntad de las partes.

Aunado a lo anterior, manifiesta el A-quo, que pese a que no se colocaron en algunas de las cláusulas las fechas en que fue firmado, esto no les resta validez, pues en las mismas se señaló de forma expresa la fecha en que surtían efectos, estableciéndose en la primera cláusula adicional que el contrato se prorrogaba hasta el 31/dic/2008, la segunda cláusula iba del 01/enero/2009 al 30/junio/2009, la tercera iba del 01/julio/2009 al 31/dic/2009, y en la cuarta cláusula adicional se precisó que el contrato de trabajo se tendría a término indefinido con plazo presuntivo y que iba del 01/julio/2011 al 31/dic/2011.

Afirma, que la última prórroga del contrato tuvo lugar del 01/enero/2019 hasta el 30/junio/2019, y no como pretende el demandante del 01/abril/2019 hasta el 30/junio/2019. Motivo por el cual indica, el contrato de trabajo finalizó en virtud de la causa legal de expiración del plazo pactado o presuntivo.

Por lo anterior, citó la Sentencia T-357 de 2016 de la H. Corte Constitucional, la cual afirma que la existencia de un plazo presuntivo no implica la terminación y liquidación de los contratos de los trabajadores oficiales con la ocurrencia de la fecha señalada, puesto que estos se renuevan automáticamente con la mera prestación del servicio y solo concluyen cuando una de las partes decide terminarlo unilateralmente o ambas por mutuo acuerdo.

Aduce al A-quo que la entidad demandada informó al demandante antes de la finalización de la prórroga, sobre la terminación del contrato de trabajo, por lo que afirma, no existió un despido injusto y por lo tanto no hay lugar a reconocer indemnización alguna por dicho concepto, declarándose probada la excepción de mérito denominada inexistencia de la indemnización por despido sin justa causa.

De lo anterior, concluye que tampoco tendría prosperidad la pretensión concerniente a la indemnización por perjuicios morales y daño la vida en relación, derivados del despido unilateral y sin justa causa del demandante.

Ahora, respecto a la existencia de una indebida liquidación de las cesantías, citó la Sentencia C-745 de 1999, aduciendo que el término de prescripción de los derechos salariales de los servidores públicos es de tres (03) años, igualmente menciona el decreto 3135 de 1968, y la prescripción establecida en los artículos 151 del C.P.L. De otro lado, aduce que las liquidaciones efectuadas por la entidad estuvieron liquidadas de manera correcta al atender lo consagrado en el artículo 45 del decreto 1045 de 1998, lo cual además guarda consonancia con el reglamento interno del trabajo. Por ello indica no hay lugar al pago de la sanción moratoria.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Arguye el apoderado judicial de la parte demandante en recurso interpuesto contra la anterior sentencia que: *“(...) en la cláusula décima segunda del contrato de trabajo se indica que todo cambio tendrá valor legal desde la fecha en que se convenga bajo la firma de los contratantes, es decir que la eficacia que se predica tiene que ser a partir de la fecha de suscripción, que es diferente a la fecha de la cual se va a desarrollar la prórroga.*

(...) la cláusula adicional que tiene que ver con el periodo de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, la misma refiere que fue firmada a los 29 días del mes de diciembre de 2008, es decir, que no atendió a la regla que establece la cláusula cuarta del contrato, cuando dice que las prorrogas deben suscribirse con antelación a su fecha de vencimiento, es decir que esa cláusula no debe tenerse como escrita sino como tácita, por cuanto no fue suscrita a partir de la fecha anterior al vencimiento del contrato que se debió dar para ese contrato principal el 30 de septiembre de 2008.

(...) el término de reducción de tres meses está en contravía de la norma, por cuanto la cláusula cuarta es transcripción del artículo 40 del decreto 2145 cuando refiere en uno de sus apartes que independientemente de su forma escrita o tacita, se debe respetar el término de 06 meses.

(...) por consiguiente el desarrollo del mismo no debió darse a corte 30 de junio, sino seguir lo indicado en el contrato principal que iba de abril a septiembre.”

Precisa el abogado que:

“no comparte la decisión de restársele el valor a lo que tiene que ver con la presunción mínima de los seis (06) meses que deben tener esos contratos de trabajo, por ello no debió acabar en junio sino en septiembre de 2019.

(...) no se discute la mutación de fijo a indefinido, sino el desarrollo del mismo (...)”

Continúa señalando que:

“(...) a la luz del reglamento interno de trabajo, el cual fija una regla que tiene que ver con la liquidación de la prima de navidad y como se va a cuantificar. La prima de navidad se nutre por la regla básica de cómo es una prima mas la doceava parte de la prima de vacaciones y que esas sumatorias integran la prima de navidad y que esa doceava parte será factor salarial, factor de liquidación de las cesantías, y esa es la línea a la que apuntan las liquidaciones plasmadas en el texto de la demanda y por tal motivo se considera debe ser reconsiderada la decisión de negar las pretensiones con fundamento en la debida cuantificación y pago de las mismas.”

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto adiado el 25 de marzo de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar en esta instancia, con intervención de la parte demandante y demandada.

Respecto a la intervención de la parte demandante, este se centra en lo argumentado en el recurso de alzada.

Ahora con relación a los alegatos presentados por el demandado se sintetizan en que se confirme la sentencia recurrida, pues se demostró que la terminación del vínculo laboral tuvo lugar por una causal legal y, en consecuencia, no hay emolumentos prestacionales adeudados que reconocer en este asunto.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema Jurídico

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 66ª del C.P del T y de la S.S., no se tienen que dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si la suscripción de la modificación del contrato realizada el 30 de junio de 2011, debía aplicarse al vencimiento de la prórroga que se estaba ejecutando o en el momento que se suscribió la misma y, ii) Si la liquidación de las cesantías del demandante incluye los factores prestacionales mencionados en el reglamento interno del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

1. De la modificación del contrato y del plazo presuntivo.

Expone el recurrente que, inicialmente suscribió contrato de trabajo a término fijo por seis (06) meses con la entidad demandada el día 01 de abril de 2008, indica que la relación contractual se dio por terminada en forma anticipada el día 30 de junio de 2019, bajo el concepto de expiración del plazo presuntivo en vigencia de la prórroga que debía finalizar el día 30 de septiembre de 2019.

Al respecto es importante resaltar que de acuerdo a lo pactado en el contrato inicial de fecha 01 de abril de 2008 (Archivo Demanda expediente No. 1- Fl. 32 a 34), determinaron las partes en la cláusula décima segunda, lo siguiente:

“...DECIMA SEGUNDA. - Toda modificación en las estipulaciones del presente contrato de trabajo que acuerden mutuamente las partes, se hará constar al pie del presente documento, en cartas cruzadas, pero siempre por escrito. Estos cambios tendrán valor legal desde la fecha en que se convenga bajo la firma de los contratantes, cuando fuere el caso...”

Igualmente, en el folio 38 (Archivo Demanda expediente No.1), se evidencia una cláusula adicional al contrato de trabajo y una modificación al mismo, pasando de ser un contrato de término fijo a término indefinido con plazo presuntivo, igualmente en dicha cláusula suscrita por el demandante se concertó de manera mutua que desde el primero (1°) de julio de 2011, se iba a contabilizar los seis (6) meses correspondientes al plazo presuntivo, dejando que en una anualidad el contrato va de enero a junio y de julio a diciembre.

Por esto, no se comparte lo manifestado por el apelante por cuanto las prórrogas establecidas en el contrato fueron concertadas de común acuerdo entre las partes, por lo tanto, no se avizora algún tipo de irregularidad que haya afectado las garantías del término de los seis meses. No siendo por lo tanto el señalado por el demandante 01 de abril de 2019 al 30 de septiembre de 2019, sino conforme a la última prórroga que iba del 01 de enero de 2019 hasta el 30 de junio de 2019.

Entendiendo esto, esta Sala no avizora que la entidad demandada en la prórroga del 01 de enero de 2019 hasta el 30 de junio de 2019, haya reducido el tiempo de esta prórroga, desatendiendo los criterios del contrato y de la Ley y/o un carácter de deslealtad hacía el trabajador como lo menciona la parte recurrente en su recurso de alzada, ya que, como se citó de antaño, la suscripción de la modificación del contrato y la cláusula adicional del mismo (Archivo Demanda No 1- Fl. 38 del expediente), van acorde a lo pactado en el contrato inicial (Fls. 32 a 33 Ibídem), por ello, no prospera este punto del recurso presentado por el apelante.

3. De los elementos de la liquidación de cesantías y, del pago deficitario de las cesantías y procedibilidad de la sanción moratoria.

En cuanto recurso de alzada por parte del recurrente, aduce que la liquidación realizada por la entidad demandada no es correcta, ya que su cuantificación no tiene en cuenta los patrones salariales que la deberían integrar, como lo es la inclusión por concepto de prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de vacaciones en la liquidación de la prima de navidad, por lo que, esta Sala evaluará en primera medida si la reliquidación realizada por el A-quo, contiene los elementos salariales concernientes a la liquidación de las cesantías, teniendo en cuenta lo establecido en las fórmulas del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., también se tendrá en cuenta lo dictado en el reglamento interno del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. y la Ley.

En principio, uno de los elementos o patrones salariales que se debe tener en cuenta para la liquidación de cesantías, es la prima de vacaciones, dispuesta en el reglamento interno del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A, en el cual en su artículo 32 se dispone lo siguiente:

“...Artículo 32°. Prima de Vacaciones. - La prima de vacaciones es equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicio y su reconocimiento no se perderá en los casos en que se autorice el pago de las vacaciones en dinero, Se tiene como factor de salario para liquidar la prima de navidad y la cesantía...”

Por otro lado, se vislumbra que otro factor salarial para tener en cuenta en la liquidación de las cesantías, es la prima de navidad, establecida en el Decreto 1848 de 1969, en el cual en su artículo 51 se dispone lo siguiente:

“... ARTÍCULO 51.- Derecho a la prima de navidad.

1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable... ”.

De esta forma, la Sala avizora que la reliquidación realizada por el A-quo se encuentra bajo los parámetros legales como son la Ley, el reglamento interno de trabajo del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A y el contrato de trabajo, de forma que, especificó que al momento de realizar la liquidación de las cesantías, tanto el A-quo como la entidad demandada, incluían de manera mensual la doceava parte de la prima de vacaciones, por otro lado, tanto en los hechos de la demanda inicial, como en el escrito de recurso de apelación por parte del demandante, pretende que se incluyen factores salariales para liquidar las cesantías, las vacaciones y los intereses de cesantías, sin embargo no menciona el sustento jurídico para que fueran tenidos en cuentas como factores salariales al momento de liquidar las cesantías, por ello, se tendrán en cuenta los siguientes factores y su respectiva estipulación para la liquidación de las cesantías: Prima de vacaciones (Artículo 32 del reglamento interno, la cual se torna aplicable del 2010 al 2018), Prima de navidad (Artículo 51 del Decreto 1848 de 1969), Retroactivo salarial (Se tendrán en cuenta las aportadas en las pruebas documentales del folio 41 al 50 del archivo Demanda No 1), además, respecto a las cesantías, la entidad demandada las liquidaba mensualmente, por lo que estos factores se acumulaban a la respectiva doceava parte del monto salarial para liquidar las cesantías.

Ante la pretensión de la indemnización por no consignación de cesantías en debida forma a un fondo, esta Sala se permite citar la sentencia SL-4971 del 02 de noviembre de 2021 de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde señala lo siguiente:

“... La sanción por no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999 cubre a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales...”

Así las cosas, es claro entonces conforme lo señalado por la Corte, que la sanción por no consignación de cesantías no es aplicable a los trabajadores oficiales.

7. COSTAS DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Dado que hubo réplica al recurso de apelación, hay lugar a condenar en costas por el trámite de esta segunda instancia, al demandante JUAN CARLOS ARROYO HERRERA, en favor del demandado BANCO AGRARIO (CGP, art. 365-8°).

Como el litigio no fue de complejidad, se tasan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. C. S. Jud., Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, art. 5°).

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada, con imposición de costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 31 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cerete, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-162-31-03-001-2021-00035-01 FOLIO 43-22**, promovido por **JUAN CARLOS ARROYO HERRERA** contra **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO: COSTAS como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA TERCERA CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Sustanciador: CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Proceso: Ordinario laboral.

Radicado: 23-001-31-05-003-2018-00413-01 **Folio:** 427-21

Montería, diez (10) de abril del dos mil veintitrés (2023)

Se procede a examinar solicitud de adición de la sentencia de fecha 28 de noviembre del 2022, por medio del cual se resolvió el respectivo recurso de apelación, presentada por el apoderado judicial de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

I. CONSIDERACIONES

I.II. En el asunto, sea lo primero advertir que la figura de la adición se encuentra regulada en el artículo 287 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a este asunto, se dispone:

"ARTÍCULO 287. ADICIÓN: *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.”

De acuerdo al contenido de la norma, en el evento de existir omisión sobre un punto de inconformidad, debe adicionarse por medio de sentencia complementaria.

I.III. El apoderado judicial de SEGUROS DEL ESTADO S.A, manifiesta:

"En ese sentido, es importante resaltar a esta colegiatura judicial que mi representa SEGUROS DEL ESTADO S.A. en calidad de llamada en garantía por parte de la demandada INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. "INDEGA S.A.", dentro de la contestación de la demanda presentada vía correo electrónico, se propuso entre otras la excepción de INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA, por lo que observando el auto objeto de la presente adición, este despacho OMITIO pronunciarse respecto de la llamada, puesto que en las consideraciones no se hace el respectivo estudio frente a las excepciones invocadas por las demandadas y muy en especial frente a la aseguradora, ya que únicamente se cita a la compañía el sentencia objeto de la presente decisión, en el acápite de "CONTESTACION DE LA DEMANDA. (...)

Esta corporación judicial, omitió darle lectura completa a la contestación presentada por mi representada en su oportunidad, pues si bien es cierto resolvió el recurso de apelación presentado por la parte demandante llegando a la conclusión de revocar la totalidad de la sentencia, no tuvo en cuenta las excepciones planteadas por las demandadas, muy en especial la llamada en garantía. Incluso tampoco hace mención en cuanto a la operación de la póliza respecto de la condena, la cual no podría ser objeto de afectación por la excepción de ineficacia. (...)

Siendo así, solicitamos se sirva ADICIONAR la sentencia de segunda instancia de fecha 28 de noviembre de 2022, en el sentido que se sirva PRONUNCIARSE respecto de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A, de las EXCEPCIONES PLANTEADAS muy en específico la de INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA."

Pues bien, se procede a examinar la decisión proferida por este Tribunal, en la cual se observa que, se declararon no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y respecto a la excepción propuesta por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A, denominada INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, no se realizó pronunciamiento.

De conformidad con lo anterior, es importante traer lo dispuesto en el artículo 66 del Código General del Proceso, dice:

"Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior."

De este modo, una vez analizadas las actuaciones surtidas dentro del proceso, se evidencia que, mediante proveído de fecha 07 de marzo de 2019, el juez de instancia ordenó la vinculación y notificación del llamado en garantía Seguros del Estado S.A, no obstante, la notificación del mismo no fue realizada dentro de los 6 meses establecidos en la norma, pues solo hasta el año 2020, fue notificada la llamada en garantía y el juzgador de primer grado tuvo por contestada la demanda.

Consecuente por lo expuesto, se encuentra probada la excepción de INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO propuesta por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. De este modo, por sustracción de materia al encontrarse probada dicha excepción, no se entrarán a dilucidar las demás

excepciones propuestas, toda vez que, la prosperidad de la primera es suficiente para ser excluida de las condenas impuestas.

Pues bien, de todo lo anterior, se encuentra procedente la solicitud de adición de la sentencia, en el sentido, de declarar probada la excepción de INFEFICACIA DEL LLLAMAMIENTO propuesta por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A

II.RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida en fecha 28 de noviembre de 2022, en el sentido, de declarar PROBADA la excepción de INFEFICACIA DEL LLLAMAMIENTO propuesta por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., los demás puntos se mantendrán incólumes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado