

**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°. 23-001-31-05-005-2020-00155-01 /FOLIO 125-22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta respecto a la sentencia del 29 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro de la demanda ordinaria laboral promovida por la señora OLGA MARÍA SIBAJA DÍAZ contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. A través de apoderado judicial, la señora OLGA MARÍA SIBAJA DÍAZ, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en los términos de la Ley 100 de 1993 y consecuentemente, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la misma norma, sumas debidamente indexadas de acuerdo al IPC, la condena en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2.2 Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos:

- La accionante nació el 23 de agosto de 1947, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

- Según consta en la historia clínica de la demandante, entre el 06 de noviembre de 1992 y el 21 de febrero de 2020, se le han diagnosticado diferentes enfermedades, como: mastopatía fibroquísticas con quistes dominantes, quistes simples localizados en zona media de la mama derecha, escoliosis dorso lumbar izquierda y tendencia a cambios artrósicos degenerativos en la región dorso lumbar, tendinitis, lumbalgia, lordosis lumbar fisiológica, hernia discal, cefalea post traumática, síndrome del túnel carpiano bilateral, otitis externa, osteoporosis radiculopatía y radiculopatía crónica, fractura del tercio distal de radio, síndrome manguito rotatorio, sobrepeso, esclerosis, cambios degenerativos por deshidratación discal, dolor en articulaciones y trastornos específicos de los discos intervertebrales.

- Por todo lo anterior, el 14 de febrero de 2020, la demandante solicitó ser calificada para determinar su pérdida de la capacidad laboral ante Colpensiones, radicada bajo el consecutivo N°2020_2108498 para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; recibiendo respuesta en esa misma calenda en el sentido de que debía aportar certificación de la EPS de no pago de incapacidades y dictamen de pérdida de la capacidad laboral, por lo que ese mismo día se anexó certificado de la EPS donde consta que no se le han cancelado incapacidades; no obstante, aclara que no existe el dictamen, pues la actora no ha sido calificada por Colpensiones, teniendo en cuenta que la misma fue solicitada el 14 de febrero de 2020.

- Afirma que el 16 de marzo de 2020, Colpensiones se negó a continuar con el trámite manifestando que se debía aportar dicho dictamen de pérdida de la capacidad laboral y constancia de ejecutoria.

- Por último, asegura que desde ese momento que su poderdante solicitó calificación de PCL y el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, la entidad pensionaria no ha dado una respuesta de fondo a la solicitud impetrada el día 14 de febrero de 2020.

2.3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la parte demandada dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, por considerar que carecen de argumentos fácticos y jurídicos, toda vez que no existe dictamen emitido por Junta de Calificación de Invalidez que permita determinar el grado de invalidez; por otro lado, señala que a la actora a través de sentencia de fecha 19 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sentencia confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el 6 de junio de 2018. De esta manera, la coexistencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de invalidez resultan incompatibles por expresa prohibición legal, por lo que no es posible el disfrute de dos beneficios en un mismo afiliado. Así las cosas, propuso como excepciones de fondo: incompatibilidad pensional, improcedencia de cobro de intereses moratorios, buena fe y la genérica.

2.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se practicaron las pruebas, incluyendo las documentales que fueron aportadas por las partes y a la prueba pericial consistente en el dictamen de PCL No. 34959197-1630 del 30 septiembre de 2021, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar.

III. EL FALLO CONSULTADO

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito Montería – Córdoba, puso fin a la instancia mediante sentencia del 29 de marzo de 2022, donde resolvió declarar que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, de manera que absolvió a la demandada ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante, incluyéndose las agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, señala que la actora no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de invalidez, pues si bien tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, también era necesario que cumpliera con el número de semanas de cotización dentro de los últimos 3 años de la fecha de estructuración, requisito que evidentemente la demandante no cumplió, pues no completó las 50 semanas requeridas, por lo que no hay lugar para el reconocimiento de la pensión.

IV. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Mediante proveído del 16 de junio de 2022, se le corrió traslado a las partes para alegar por escrito, encontrándose alegatos del apoderado de la parte demandada en el que expresa su conformidad con el fallo proferido, por tanto, considera que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida por la actora.

Mientras la parte demandante guardó silencio en esta instancia procesal.

V. CONSIDERACIONES

6.1. Grado jurisdiccional de consulta

En principio, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta totalmente adversa a las pretensiones de la demandante.

6.2. Problemas jurídicos a resolver

Corresponde a la Sala determinar si la demandante cumple con los requisitos legales para que se le reconozca y pague la pensión de invalidez.

6.3. De la compatibilidad de la indemnización sustitutiva de vejez y la pensión por invalidez.

En lo referente a este tópico, la H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en afirmar que la indemnización sustitutiva de vejez y la pensión por invalidez son COMPATIBLES, en tanto amparan riesgos diferentes, por ejemplo, en sentencia SL2816 de 2020 estableció:

“De entrada, advierte la Sala que de manera reiterada, su jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la filosofía y los principios del sistema general de seguridad social, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de una contingencia en el régimen de invalidez, vejez y muerte por origen común, no afecta el otorgamiento del derecho pensional por un riesgo diferente al que corresponde a dicha indemnización en ese mismo régimen (CSJ SL 30123, 20 nov. 2007, CSJ SL11234-2015 y CSJ SL1416-2019), es decir, que dichas prestaciones no son incompatibles, y que la afiliación al sistema no desaparece con el pago de tal indemnización”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la demandante como afiliada puede obtener ambos beneficios, por lo que, bajo ese contexto, se hace necesario verificar que la actora cumpla con los requisitos establecidos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

6.4. Pensión de Invalidez

Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y

tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anteriormente citado:

*“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: **1. Invalidez causada por enfermedad:** Que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. **2. Invalidez causada por accidente:** Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez¹”.*

Puestas, así las cosas, para que una persona pueda acceder a la pensión de invalidez por enfermedad, como el caso de la accionante, se hace necesario que:

i) Que el afiliado sea declarado en condición de discapacidad mediante dictamen médico realizado por Colpensiones, los fondos o las juntas de calificación; y ii) Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el presente caso, se realizó Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional el 20 de septiembre de 2021 a la parte demandante, a cargo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bolívar, en donde se determinó una pérdida del 64,21% de su capacidad laboral, por lo que cumple con la condición de ser declarada como persona discapacitada al contar con un porcentaje mayor al 50%, tal como estipula el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

¹ Las expresiones subrayadas fueron declaradas INEXEQUIBLES en sentencia C-428 del 1 de julio de 2009 de la Corte Constitucional.

Por otro lado, debe haber cotizado 50 de semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, es decir, entre el 12 de febrero de 2017 y el 12 de febrero de 2020; en ese aspecto, puede constatar esta Sala de Decisión que una vez revisada la historia laboral de la actora, no cumple con el presente requisito legal, pues su última cotización fue efectuada en julio de 2005, tal como se corrobora en el reporte de semanas cotizadas en pensiones a folios 24 a 27 del archivo 07Contestacion20201020.pdf del expediente digital, lo que impide el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida, en tanto, se insiste, no cotizó semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración.

Así las cosas, si bien la actora no cumple con los requisitos indicados en la norma vigente como quedo anotado, es preciso advertir que de los documentos arrimados al expediente aparece que la última cotización realizada data del mes de julio de 2005. De esta manera, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, se hace necesario estudiar la aplicación en este caso del principio de la condición más beneficiosa, pues la dicha Corte en asuntos similares ha decidido amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de varios accionantes con enfermedades crónicas, degenerativas y/o congénitas a quienes les había sido negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, haciendo referencia a la solicitud de la aplicación de la condición más beneficiosa, en efecto, la Sentencia T-436 de 2022 indicó:

“El desarrollo jurisprudencial en torno a la aplicación de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de invalidez ha sido necesario porque, a diferencia de lo que ha ocurrido con la pensión de vejez, el legislador no previó regímenes de transición en relación con dicha prestación y cambió los requisitos para el reconocimiento de la misma al aumentar la densidad de semanas exigidas. En esa medida, la Corte Constitucional ha considerado necesario aplicar el principio de condición más beneficiosa para que los cambios normativos no afecten de manera desproporcionada a quienes tienen una expectativa de adquirir un derecho y para garantizar el derecho a la seguridad social, el deber de protección de

Rad. 23-001-31-05-005-2020-00155-01 /FOLIO 125-2022
personas en circunstancias de debilidad manifiesta y los principios constitucionales de confianza legítima e igualdad”.

En consecuencia, es preciso evaluar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, esto es, la aplicación del régimen pensional inmediatamente anterior, es decir, el contemplado en la Ley 100 de 1993; aclarando que el alto tribunal explicó que, incluso, de manera excepcional se podrán aplicar los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 de manera ultractiva. Expresado en los siguientes términos:

*“Primero. Por regla general, en virtud del principio de condición más beneficiosa, es posible aplicar las condiciones definidas en el régimen inmediatamente anterior, es decir, el de la Ley 100 de 1993, a una persona cuya invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, siempre que concurren las siguientes condiciones: (i) que la persona estuviera cotizando en el momento del cambio normativo; (ii) que haya cotizado 26 semanas antes del 26 de diciembre de 2003; (iii) **que la invalidez se haya producido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006;** (iv) **que la persona estuviera cotizando al momento de la invalidez;** y (iv) cotizó 26 semanas en cualquier tiempo, antes de su invalidez.*

Segundo. De forma excepcional, en los casos en los que los accionantes se encuentren en graves condiciones de vulnerabilidad, el principio de condición más beneficiosa permite que se aplique el requisito de densidad de semanas del Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona cuya invalidez sobrevino en vigencia de la Ley 860 de 2003, cuando la persona haya cotizado la densidad de semanas prevista en el Acuerdo 049 de 1990 antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.”

Por su parte, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias como la SL5202 de 2020 radicación N° 81163 ha reiterado:

“Frente a lo primero, en las decisiones CSJ SL2358-2017 y CSJ SL4650-2017 la Corte indicó que la condición más beneficiosa representaba «...un puente

Rad. 23-001-31-05-005-2020-00155-01 /FOLIO 125-2022
de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta...» y determinó que, como consecuencia, la excepcional aplicación de la norma anterior solo podía justificarse durante un lapso de tres (3) años, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, de manera que solo podían acudir a esta garantía quienes estructuraban su invalidez entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

(...)

Por otra parte, en aras de determinar si un afiliado ostenta una situación jurídica concreta sujeto de protección, la Corte enseñó que debe tratarse de personas efectivamente inscritas en el régimen anterior que, además, deben cumplir los siguientes supuestos, dependiendo de cada situación:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.***
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.”*

De cara a lo expuesto, en el presente caso está suficientemente claro que la actora cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 64,21%. No obstante, conforme se desprende del dictamen de fecha 30 de septiembre de 2021 realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar se encuentra que la fecha de estructuración de invalidez data del 12 de febrero de 2020, situación que permite concluir que la invalidez no se produjo entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, como lo exige la jurisprudencia reseñada, de manera que no cumple con los presupuestos jurisprudenciales para dársele aplicación al principio de la condición más beneficiosa en virtud de los presupuestos reseñados la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en cuanto al precedente de la Corte Constitucional que se refiere a la aplicación de la tesis “*más amplia*” en la que no existe un límite temporal para determinar la norma pensional, atinente al estado de vulnerabilidad del afiliado y de la imposibilidad de seguir laborando, oportuno es citar a la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-468 del 16 de febrero de 2022, Radicación 81933, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, sostuvo:

*“Por último, se estima necesario agregar, que esta Corporación como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en la especialidad laboral, se ha apartado de la postura que la Corte Constitucional adoptó en relación a los efectos plus ultractivos otorgados al principio de la condición más beneficiosa en la sentencia CC SU-442 de 2016, al considerar que la misma **“afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general”**; además de desconocer **“que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro”** (CSJ SL1689-2017).*

Por lo anterior, al no encontrar la Sala, nuevos argumentos que conduzcan a modificar la reiterada jurisprudencia sobre la materia, esta se mantiene invariable. “

Siguiendo esa línea, sobre la fuerza vinculante del precedente constitucional, la misma Sala anunciada en sentencia SL-5657 del 24 de noviembre de 2021, Radicación 88756, MP. Dr Fernando Castillo Cadena, indicó:

“(...) En ese contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y su aplicación debe ser proporcional -a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos Superiores importantes para los individuos y la sociedad-, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, frente a los efectos inter partes y a la ratio decidendi de la sentencia SU-05-2018, se aparta de su contenido -deber de transparencia-, por las razones que se expone a continuación -deber de argumentación suficiente- (C-621-2015 y SU-354-2017).

(...)

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible (...)”

Lo expuesto lleva a la Sala a considerar la no aplicación de la tesis “*más amplia*” en relación a los efectos plus ultractivos otorgados al principio de la condición más beneficiosa, y por ello habrá de confirmarse la sentencia dictada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 29 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, Córdoba, dentro de la demanda ordinaria laboral promovida por la señora OLGA MARÍA SIBAJA DÍAZ, contra COLPENSIONES.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: Devolver el expediente a su 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° 23-001-31-05-003-2018-00003-01 FOLIO 132-2022**

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto, por conducto de apoderado judicial, por la parte demandante ARNOBIS DIAZ BANQUETH, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 05 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ARNOBIS DIAZ BANQUETH contra COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora se declare que con la empresa COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual finalizó sin justa causa comprobada.

Así mismo, solicitó que las compañías COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA fueran declaradas como simples intermediarias en el contrato de trabajo que unió al trabajador con el citado empleador.

En consecuencia, solicitó que se condene a las accionadas al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima de

servicios, dotaciones, compensación de vacaciones, la sanción por no consignación de las cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990 para las anualidades comprendidas entre el 2006 y 2015, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., lo que resulte demostrado conforme con las facultades ultra y extra petita; y el pago de las costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que entre el trabajador y las sociedades COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA, existieron contratos de trabajo a término indefinido, los cuales fueron terminados por los empleadores sin justa causa a fin de que estos fueran condenados al pago de las pretensiones principales y al pago de la indexación en caso de que la pretensión de la sanción moratoria no prospere.

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

- Que el trabajador se vinculó laboralmente con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS el día 01 de abril de 2006 a través de un convenio de trabajo asociado, con el fin de desempeñar el cargo de auxiliar de mantenimiento en las estaciones base de propiedad de COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA ubicadas en los municipios de Puerto Escondido y Los Córdoba.

- Afirmó que el trabajador recibía una remuneración mensual equivalente a un (1) SMMLV y que dentro de sus labores desempeñadas se encontraban las de mantener el sitio aseado, ordenado, libre de basuras, desperdicios y malezas; verificar permanentemente que las luces de advertencia de las torres en las estaciones base permanecieran en buen estado de funcionamiento; verificar que el tanque de combustible de A.C.P.M. permaneciera en un nivel superior a la mitad; verificar que todas las luces y lámparas de seguridad estuvieran en correcto estado de funcionamiento; entre otras.

- Manifestó que la vinculación entre el trabajador y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS finalizó el 22 de agosto de 2012, y que a partir del 23 de agosto de 2012 se vinculó con la PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE a fin de ejercer el mismo cargo y las mismas funciones, contrato que finalizó el día 31 de marzo de 2014.

- Sostuvo que a partir del 01 de abril de 2014, el trabajador se vinculó con la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA para ejercer el mismo cargo y las mismas funciones hasta el día 27 de enero de 2016, fecha en que fue desvinculado de manera unilateral del cargo sin indicar justa causa alguna.

- Relató que las sociedades COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA suscribieron contratos de prestación de servicios con COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA para realizar el mantenimiento de las estaciones, por lo que consideró que el trabajador durante el periodo de su vinculación prestó sus servicios personales en las instalaciones bajo las órdenes y directrices de COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA.

Finalmente, afirmó que las demandadas no pagaron al trabajador suma alguna correspondiente a prestaciones sociales, vacaciones, cesantías y auxilio de transporte.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida y notificada la demanda COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA dio respuesta a la demanda indicando no constarle algunos hechos y negando los demás, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de la relación laboral entre el demandante y COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA, inexistencia de responsabilidad solidaria, improcedencia de una condena por concepto de sanción moratoria, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe y la genérica; además, solicitó el llamamiento en garantía de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA SA.

2.3.2. De otra parte, MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA dio respuesta a la demanda indicando no constarle algunos hechos y negando los demás; finalmente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

2.3.3. En lo que respecta a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y la PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS –

MEDYRE contestaron la demanda a través de curadores ad-litem y propusieron la excepción de mérito denominada prescripción.

2.3.4. La llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A. da respuesta al mismo y a la demanda, expresando que no le constan los hechos de la demanda y se opone a las pretensiones de la misma; admite haber expedido la póliza de seguro de cumplimiento No. 18CU021876, para amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios de supervisión y conservación de las estaciones base que a nivel nacional y/o regional opera COMCEL, indicando que la vigencia de la misma fue del 28 de febrero de 2014 al 28 de febrero de 2019 para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Propuso como excepciones de fondo que: *“1. Las pólizas expedidas por confianza no cubren acreencias laborales de trabajadores directos del asegurado, ni en relaciones derivadas del artículo 35 del C.S. del T., 2. no cobertura de trabajadores vinculados a terceros no asegurados, ni al contratista MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA bajo modalidad diferente al contrato de trabajo, 3. inexigibilidad de prestaciones derivadas del sistema general de seguridad social (Ley 100 de 1993), inexigibilidad de dotaciones, transportes, aportes a cajas de compensación, sanciones por no consignación de cesantías, costas ni agencias en derecho, inexigibilidad de indemnizaciones moratorias, 4. inexigibilidad del seguro por ocurrencia del siniestro por fuera de la vigencia, 5. no cobertura de vacaciones por no ser una prestación social, 6. máximo valor asegurado y 7. excepción genérica.”*

2.3.5. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se practicaron los testimonios solicitados por la parte demandante y COMCEL SA; y los interrogatorios de los accionantes.

III. LA SENTENCIA APELADA

Precisó la *a-quo* que en su contestación la demandada MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA reconoció la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandante para desempeñar el cargo de auxiliar de mantenimiento desde el día 01 de abril de 2014 al 27 de enero de 2017, fecha última en que fue desvinculado el trabajador. Razón por la cual infiere el Juez de primera instancia que la referida compañía no objeta la existencia de dicho contrato bajo la modalidad aducida que fue probada.

De otra parte, indicó que de los interrogatorios de parte practicados no se extrae ningún elemento adicional que modifique las documentales relacionadas al plenario, en lo que se refiere a las pruebas testimoniales practicadas, señaló que ninguna de ellas se pudo extraer el elemento de subordinación con respecto al demandante.

Insistió que es un hecho reconocido dentro del proceso que el demandante suscribió un contrato de trabajo con la demandada MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA y prestó sus servicios como auxiliar de mantenimiento desde el día 01 de abril de 2014 al 27 de enero de 2017.

En lo que respecta a la pretensión realizada por el demandante para declarar la existencia de una relación laboral con la demandada COMCEL SA como verdadero empleador, afirmó el *a-quo* que no es coherente tal supuesto, en atención a que no se atempera con la realidad probatoria, dada la expresa aceptación que hace la demandada MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA de ser el empleador en los extremos señalados y que los objetos sociales de las codemandadas MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y la PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE si bien cuentan con multiplicidad de actividades, lo cierto es que ninguna de ellas se encuentra dirigida a servir única y exclusivamente como una empresa de servicios temporales, por lo que no se da cumplimiento a los artículos 72 y 82 de la Ley 50 de 1990 y en consecuencia no se puede catalogar al demandante como trabajador en misión por lo que tal situación deviene en una absolución de la demandada COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA respecto de las pretensiones declarativas y condenatorias.

Luego de citar el artículo 23 del CST, y la presunción del artículo 24 del CST indicó que la prestación personal del servicio desarrollada por el trabajador estuvo enmarcada dentro de un contrato de trabajo dado que no fue discutida por las partes, razón por la cual la relación jurídica que sostuvo el demandante con las cooperativas es de índole laboral sin que las demandadas desvirtuaran la presunción de la subordinación.

Consideró que la excepción de prescripción esta llamada a prosperar frente a las cooperativas dado que la demanda fue presentada el 11 de enero de 2018, y han transcurrido más de los 3 años que contempla el artículo 438 del CST.

De las prestaciones sociales sostuvo que se acreditaron pagos parciales, por lo que emitió condena respecto del pago de intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones. De otra parte, indicó que la demandada MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA no demostró tener motivos justificables para exonerarse del pago de las acreencias laborales por lo que condenó a la demandada al pago de la indemnización moratoria.

Finalmente, condenó en costas a la demandada MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA con una suma correspondiente a 01 salario mínimo legal vigente, como agencias en derecho.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante por conducto de su apoderado judicial se muestra inconforme con la sentencia de primera instancia al señalar que:

“Yerra el Juzgado al no declarar el contrato de trabajo entre mi mandante y la empresa COMCEL SA, toda vez que con las pruebas obrantes dentro del proceso quedó comprobado de que existió un contrato realidad entre este y la demandada.

Quedó demostrado que mi mandante prestó sus servicios como auxiliar de mantenimiento en la estación base de COMCEL SA desde el 01 de abril de 2006 hasta el 27 de enero de 2016, igualmente quedo demostrado que mi mandante devengó un salario mínimo, que fue vinculado a través de dos cooperativas de trabajo asociado y a través de la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA, las cuales enviaron a trabajar al señor ARNOBIS a las estaciones a través de trabajos misionales o del giro ordinario de COMCEL SA, situación que le esta vedado a este tipo de entidades, pues los usaron las cooperativas como enviados en misión solo que tal función le está permitida a las empresas de servicio temporal.

De igual manera, quedó demostrado que COMCEL SA ejercía poder subordinante sobre mi mandante prueba de ello son las cartas de bienvenida donde les hacen entrega del celular por medio del cual se comunicaban los señores que trabajan en la estación base con COMCEL SA, las cooperativas únicamente se dedicaban a resolver cuestiones de nómina.

Entonces queda demostrado que las cooperativas abusaron de manera ilegal incurriendo en acciones de intermediación laboral que solo les está permitidas a las empresas de servicios temporales enviar a trabajadores en misión.

Quedó demostrado que en los contratos realizados entre las cooperativas asociadas y COMCEL SA no fueron autogestionarios de la función, ya que COMCEL SA ejercía poder subordinante sobre los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, quedo demostrado que el área encargada y que ejercía la subordinación correspondía al área de seguridad y el área de servicios generales de COMCEL SA.

Por lo anterior solicito a los honorables magistrados que se revoque la decisión tomada por este despacho y se condene a COMCEL SA como verdadero empleador del señor ARNOBIS DIAZ BANQUETH”

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, las partes permanecieron en silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S.S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, se ciñe a determinar: (i) si erro el juez de primera instancia al declarar como verdadero empleador del accionante a MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA, y por el contrario dicha calidad debe otorgársele a COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA, siendo las cooperativas de trabajo asociado y la sociedad MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA simples intermediarios; de salir avante lo anterior, (ii) si puede declararse solidaridad entre los

accionados; y, (iii) si con ocasión a la solidaridad pregonada, el llamado en garantía debe responder del pago de acreencias laborales reconocidas a los demandantes.

6.2.1. Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que conforme lo expone la Sala Laboral de la CSJ en las Sentencias SL3436-2021 y SL2749-2022, las actividades de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado como organizaciones de trabajo autogestionario constituyen una importante, legal y válida forma de trabajo; sin embargo, cuando dicha forma de contratación se utiliza de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, se incurre en una indebida e ilegal intermediación laboral, expresamente prohibida en los artículos 7.º de la Ley 1233 de 2008 y 63 de la Ley 1429 de 2010 que fueron reglamentados por el Decreto 2025 de 2011.

Siendo así lo anterior, el alto tribunal explica que la consecuencia directa de esta situación es: *“(...) la declaratoria del contrato realidad del trabajador asociado disfrazado con la empresa que se benefició de sus servicios y, por tanto, esta debe responder solidariamente junto con la cooperativa de trabajo asociado por todos los efectos jurídicos laborales derivados.”*

Con el fin de decantar esta situación, sea lo primero advertir que verificados los certificados de existencia y representación legal de las compañías COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE, se evidencian las siguientes situaciones:

- Para el caso de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS (folios 20 a 25 del archivo *“05- anexos.pdf”* correspondiente al expediente digital), se encuentra que dicha entidad fue constituida como precooperativa mediante acta No. 01 del 27 de enero de 2003 e inscrita en Cámara de Comercio el día 18 de febrero de 2003, y luego convertida en cooperativa, con el mismo nombre, según el acta No. 09 del 28 de marzo de 2008 e inscrita ante Cámara de Comercio el 30 de abril de 2008.

Su objeto social se encuentra determinado en: *“(...) generar y mantener trabajo sustentable para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, vinculando voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económicos de sus asociados.”*

De otra parte, se observa con la documental visible a (folios 23 a 30 del archivo *“23- anexos comcel parte 1.pdf”* correspondiente al expediente digital) que suscribió con la empresa COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA un contrato de

prestación de servicios cuyo objeto estaba dirigido al mantenimiento de las estaciones base del contratante mediante la labor de trabajadores asociados.

- En lo que respecta a la PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE (folios 36 a 40 del del archivo “29- anexos comcel parte 6.pdf” correspondiente al expediente digital), se obtiene que tal entidad fue constituida mediante acta del 01 de noviembre de 2007; así mismo, conforme con los (folios 26 a 30 del archivo “05- anexos.pdf” correspondiente al expediente digital), se encuentra que la entidad por certificación del 20 de febrero de 2012 emitida por la Superintendencia de la Economía Solidaria, fue inscrita ante Cámara de Comercio el día 22 de marzo de 2018 bajo el número 00002498 del Libro III de las entidades sin ánimo de lucro.

Su objeto social se encuentra determinado en: “(...) *generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno, desarrollando los procesos y subprocesos que se señalarán en los presentes estatutos, conforme a los preceptos y principios de la economía solidaria y conforme a lo normado por el Decreto 4588 de diciembre de 2006.*”

Referente al contrato de prestación de servicios, conforme con las documentales arrojadas al expediente en los (folios 06 a 27 del archivo “28- anexos comcel parte 5.pdf” correspondiente al expediente digital), se evidencia que la PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA suscribieron un contrato de prestación de servicios cuyo objeto se encontraba determinado en prestar al contratante los servicios de mantenimiento preventivo y conservación de las Estaciones Base que opera a nivel nacional y las nuevas que llegaren a establecerse.

Así las cosas, denota esta Sala que las codemandadas COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE no fueron creadas simuladamente con la finalidad de suscribir un contrato de prestación de servicios con la empresa COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA, dado que la constitución de ambas cooperativas surgió con antelación a la suscripción de los referidos contratos con el objeto de brindar trabajo sustentable a sus asociados.

En un caso de similares condiciones, la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL2221-2022 indicó:

“Sobre este punto se observa, que el juez plural en realidad dedujo la referida presunción, del hecho según el cual, Comcel SA al dar respuesta a la demanda reconoce que el actor le prestaba servicios personales en una estación base; sin embargo observa la Sala que ello no es así, pues lo que refulge de esa pieza procesal, es la existencia de contratos con la CTA, para realizar servicios de mantenimiento no técnico, aseo y limpieza en estaciones

base de la compañía en diferentes lugares del país, mas no, la prestación directa del servicio.

Acorde con ello se tiene, que en ninguno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre Comcel SA y la CTA Los Cerros, y sus otrosíes, se establece como objeto la contratación del actor (f.º 40 a 50, 120 a 121, 122 a 130, 134 a 149, 150 a 151, 152 a 153, 172 a 189, 190 a 197, 198 a 205, 206 a 213), aquel lo constituye, «[...] la prestación de los servicios de mantenimiento preventivo y conservación de las Estaciones Base que a nivel nacional opera EL CONTRATANTE [...]», lo que evidencia que se trató de una labor no técnica.

Adicionalmente debe considerarse que el demandante al absolver interrogatorio, dijo que, entre sus funciones, no se encontraba la de realizar algún servicio técnico directo a la antena base de Comcel SA (CD 2 f.º 624), lo que descarta la ejecución de labores del giro ordinario de sus negocios.

De lo anterior colige la Sala, contrario a lo que dedujo el ad quem, que en la relación sustancial existente entre el demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado Los Cerros, medió un convenio asociativo de trabajo, en virtud del cual, el primero prestó sus servicios a Comcel SA, comportándose la primera en forma autónoma, autogestionaria e independiente, siendo incluso avalado su actuar, por la Superintendencia de Economía Solidaria, autoridad administrativa que las vigila y controla; siendo la cooperativa, propietaria de los medios de producción o labor. Por ende, se configuró el yerro de, «No dar por demostrado estándolo que el demandante era trabajador asociado de la cooperativa de trabajo asociado los cerros (sic)».

Al igual que en el presente asunto, si bien en el interrogatorio de parte el demandante afirmó que para ejercer su labor no tuvo ningún tipo de comunicación con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE, situación que no fue acreditada más allá de su dicho, lo cierto, es que finalmente admite que realizaba labores de limpieza, mantenimiento y supervisión en las estaciones base asignadas a su cargo, lo cual lleva a esta Sala a concluir que en efecto el actor prestaba servicios de mantenimiento no técnico, aseo y limpieza que distan de una prestación directa del servicio para la empresa COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA.

De esta manera, tal y como se indicó es preciso señalar que dichas actividades desarrolladas por el demandante, no eran misionales ni pertenecían al giro ordinario de la empresa COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA, pues tal y como lo señala el testigo FERNANDO FERNANDEZ SANCHEZ en calidad de analista de seguridad de la compañía, COMCEL SA tenía su propio personal técnico para desarrollar todas las tareas ajenas a los contratos suscritos con las CTA.

Lo anterior, permite a esta Colegiatura concluir que en efecto la relación existente entre COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA y las cooperativas de trabajo asociado,

consistieron en un asunto desarrollado de forma autónoma, independiente y autogestionaria, sin que se configurara una intermediación laboral.

Tal conclusión fue arribada por la Sala Laboral de la CSJ en un caso de contornos similares en la sentencia SL2792-2020 que fue citada por la sentencia SL2749-2022, así:

“En este orden de ideas, para la Corporación, los documentos examinados en precedencia, de ninguna manera direccionan a concluir con certeza y menos de manera ostensible, que era Comcel S.A. la que organizara y supervisara directamente el trabajo del demandante, o que le imprimía la subordinación jurídica propia de un contrato de trabajo, menos que las citadas cooperativas fueran simples intermediarias, como lo asevera el casacionista, pues como se vio, si bien la citada empresa ejercía «procesos de supervisión y control» sobre la ejecución del contrato de prestación de servicios, ello obedecía a la verificación de que las aludidas cooperativas cumplieran a cabalidad el objeto del mismo, hecho que per se no puede colocarla en el rol de empleador de Comcel S.A., que es lo reclamado por el ataque, máxime que ninguna de las pruebas señaladas por la censura muestran tal supuesto.”

Conforme con lo expuesto hasta aquí, es preciso indicar que no existen los presupuestos necesarios para declarar que las cooperativas de trabajo asociado actuaron como simples intermediarios dentro de la relación existente con el actor ARNOBIS DIAZ BANQUETH.

6.2.2. Ahora bien, compete a esta Sala determinar si la situación acontecida con las cooperativas de trabajo asociado concurre para la relación existente entre el demandante y la sociedad MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA.

Para lo anterior, es claro que no existe discusión en el plenario en cuanto al vínculo a través del cual el actor prestó sus servicios para la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2014 y el 27 de enero de 2016, pues conforme lo expuso el *a-quo* es la empresa quien en su escrito de contestación de la demanda admite la existencia de una relación laboral en los extremos señalados por la parte actora.

Lo anterior, se encuentra soportado con la documental allegada por la parte demandante en el (folio 40 del archivo “05- anexos.pdf”), que versa sobre la certificación laboral emitida por la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA en la que se ratifican los extremos laborales antes mencionados.

Lo enunciado, sin duda alguna, llevaría a la conclusión obtenida por la falladora de primera instancia, es decir, que el contrato de trabajo que rigió la relación laboral del actor, lo fue con MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA, aún más si se toma en consideración

lo indicado por la Sala de Casación Laboral en Sentencia del 06 de marzo de 2019, radicación No. 719, M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, en la que expuso:

“Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.

No obstante, como el hoy apelante aduce que MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA realmente fungió como simple intermediario, mientras que el verdadero empleador lo fue COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., es imperioso citar el artículo 35 del C.S. del T, que reza:

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.***
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.***
- 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.***

Sobre la figura de la intermediación también preciso la Alta Corporación en sentencia del 27 de octubre de 1999, exp. 12.187, MP Dr José Roberto Herrera Vergara, lo siguiente:

“Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras, nuestro derecho positivo contiene algunas pautas sobre el particular. Así, la figura del simple intermediario está regulada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, que es del siguiente tenor:

(...) Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

a) *Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*

b) *Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la ley colombiana (D. 2351/65, art. 1°) considere al intermediario “representante” del empleador.*

*La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. **Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro e verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.***

Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas”

Dicho lo anterior, es pertinente indicar que la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA no desconoce en ningún momento el vínculo contractual suscrito con COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. contrato que, acorde con lo expuesto en la prueba testimonial, el coordinador nacional del área de seguridad DIEGO ALEJANDRO GAITÁN RICO y por los analistas de seguridad RAUL DAVID SANTOS GÓMEZ y FERNANDO FERNANDEZ SANCHEZ, su objeto consistía bajo las mismas condiciones de los contratos suscritos con las CTA, esto es, desarrollar y realizar servicios

de mantenimiento no técnico, aseo y limpieza en estaciones base de la compañía en diferentes lugares del país.

Así las cosas, verificado el certificado de existencia y representación legal de la empresa MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA se observa que dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública No. 1647 del 17 de mayo de 2001 de cuyo objeto tendiente a desarrollar la multiplicidad de actividades relacionadas con la construcción, diseño e interventoría de obras de ingeniería civil, dista en todo caso del objeto social desarrollado por COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA, esto es, “(...) *la prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor, agregado, telemáticos, portadores y demás (...)*”

En la medida de lo expuesto, evidencia este Órgano Colegiado que el contrato comercial suscrito entre MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA y COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA no tiene por objeto desarrollar actividades relacionadas directamente con la producción del bien o servicio característico de esta última sociedad, lo que conlleva a concluir que el recurrente no desarrolló funciones que hicieran parte del giro ordinario de los negocios realizados por COMCEL SA.

En definitiva, evidencia esta Judicatura que el reparo efectuado por la parte recurrente no tiene la vocación de prosperar en esta instancia y en esa medida la Sala se releva del estudio frente a los demás problemas jurídicos planteados para confirmar la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería en la audiencia del 05 de abril de 2022.

Finalmente, en lo que atañe al memorial allegado por el apoderado judicial de COMUNICACIÓN CELULAR SA - COMCEL SA de la parte demandante el pasado 25 de octubre de 2022, esta Sala advierte que dicha documental en la que solicita la aplicación de la teoría de doctrina probable, no es meritoria de estudio teniendo en cuenta que no se decretaron pruebas de oficio y tampoco fue aportada dentro de la oportunidad procesal pertinente.

6.3. Costas. No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P.

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 05 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por ARNOBIS DIAZ BANQUETH contra COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS, PRE-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MEDIOS Y RESULTADOS – MEDYRE y MANTENIMIENTO A&G SERVICIOS LTDA.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

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

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



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

Radicado N° 23-001-31-05-002-2021-00206-00206-01 FOLIO 148-23

Montería, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas contra la sentencia pronunciada en audiencia el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NUBIA RUIZ HERNANDEZ, contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES, además, del grado jurisdiccional de consulta por ser adversa la sentencia a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora NUBIA RUIZ HERNANDEZ, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante ha tenido como única afiliación válida la realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. A su vez se declare que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago pensional por parte de

COLPENSIONES con su respectivo retroactivo. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y condenas ultra y extra petita.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, que:

- Nació el 29 de enero de 1961 y desde el 01 de febrero de 1982 empezó a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado anteriormente por el I.S.S. hoy Colpensiones, posterior a ello, fue afiliada y cotizó desde el 01 de noviembre del 2000 hasta mayo de 2008 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente en Porvenir S.A.

- Al momento de la afiliación, Porvenir S.A. la indujo en error, debido a que no le suministró la información documentada de forma detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS., como tampoco informó documentalmente sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a la pensión de vejez.

- Al conocer las desventajas que podría ocasionarle el traslado de régimen pensional, el 16 de mayo de 2008 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, contando con 57 años.

- El 10 de octubre de 2008 le fue informada que su solicitud había sido aprobada por parte del fondo Porvenir S.A a partir del mes de junio de 2008 y desde el periodo del 06 de junio de 2008 al 30 de marzo de 2021 su empleador efectuó los aportes a Colpensiones.

- El 12 de mayo de 2020 a la edad de 59 años solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución N° SUB-158938 del 24 de julio del 2020 bajo el argumento de no ser procedente.

- Indica que el 25 de mayo de 2021 presentó solicitud de traslado de régimen pensional, el cual fue negado bajo el argumento *“la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse”*

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma la accionada COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulado 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, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, prescripción e innominada o genérica.*

2.3.2. En cuanto a PORVENIR S.A, se tuvo por no contestada la demanda, no obstante, de oficio se decretaron las pruebas documentales allegadas.

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 de la parte demandante, indicando que es necesario para efectos del traslado la suficiente información, pues se ha dispuesto que la afiliación debe estar rodeada de una voluntariedad, indicando que de las documentales adosadas al plenario, pese a que dicha

voluntad fue libre, no estuvo informada, ni conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha puesto de relieve la importancia del deber de información, en tal sentido, a la parte actora no le fue suministrada la información suficiente a efectos de determinar las consecuencias que conllevaban el cambio de régimen pensional.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia SL 4803 de 2021, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la entidad Porvenir debe realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, descuentos que hubiere hecho por seguros previsionales y para el fondo de garantía de pensión mínima, prima de seguro y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del actor, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – Colpensiones.

Al hacer el estudio de la pensión de vejez invocada por la demandante, precisó que su derecho pensional se rige por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003. Y como quiera que la demandante nació el 29 de enero de 1961, los 57 años que exige la norma los completó el 29 de enero de 2018, por lo que necesitaba tener 1.300 semanas para acceder al derecho pensional, semanas que completa, pues de las historias laborales allegadas por la AFP PORVENIR S.A y COLPENSIONES se logra evidenciar que la actora cuenta con 1972 semanas, dentro de las cuales 991.7 semanas fueron cotizadas a Colpensiones y 981 semanas a Porvenir S.A, cumpliendo así con los requisitos establecidos por la ley.

En ese orden, reconoció el derecho pensional deprecado con fecha de disfrute del 12 de mayo de 2020, fecha en la cual solicitó el reconocimiento de la pensión; asimismo, procedió a calcular el ingreso base de liquidación tomando toda la vida laboral y los últimos 10 años, tomando el valor arrojado de los últimos 10 años por ser más favorable para la demandante. Al aplicar la fórmula matemática dispuesta en el inciso tercero del artículo 33 de la ley 100 de 1993 obtuvo un monto del 80% y un valor de la mesada pensional de \$986.918, precisando, además, que, tiene derecho a devengar trece (13) mesadas anuales y otorgando un retroactivo pensional en la suma de \$34.719.109) liquidado a febrero del 2023.

En cuanto a las excepciones, indica que se tendrán por no probadas las propuestas por Colpensiones. Finalmente, condena en costas a favor del demandante, a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Colpensiones

Arguye que, la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en el intervienen, pues la administradora fue ajena a esa circunstancia ya que no brindó asesoría a la actora para que accediera a realizar el traslado entre regímenes, precisando que debe ser la AFP receptora del RAIS quien soporte las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y debe asumir el pago de las condenas impuestas.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y frente al reconocimiento pensional precisan que no hay lugar a la declaratoria del mismo por cuanto no debe recaer en Colpensiones el pago a la actora y debería ser estudiado el derecho pensional conforme a las estipulaciones del RAIS que es donde actualmente pertenece la demandante.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, aduce que durante el trámite del proceso actuaron bajo el principio de la buena fe, ejerciendo en todo momento una defensa propia del proceso.

4.2. Apelación de Porvenir S.A

La accionada interpone recurso de apelación, manifestando que no existen causales de nulidad o ineficacia que invaliden la afiliación realizada en el año 2000 y si ha existido esta se encuentra debidamente saneada con el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante, precisando que el desconocimiento de la ley no puede ser usado como excusa. Asimismo, muestra inconformidad con la devolución de los rendimientos y cuotas de administración y la condena en costas impuesta.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, dentro de la oportunidad legal concedida para presentar sus alegaciones de conclusión en esta instancia, no intervino.

Por su parte, la parte demandada Colpensiones y Porvenir S.A, presentaron sus alegaciones de conclusión dentro del término oportuno por conducto de apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la demanda, solicitando se revoque la sentencia del 13 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería y se absuelvan de las pretensiones deprecadas.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de una información completa, veraz y comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo; **(ii)** de salir avante lo anterior, determinar las consecuencias y efectos frente a las accionadas; **(iii)** Determinar si opera la prescripción en el caso estudiado; **(iv)** con ocasión al grado jurisdiccional de consulta examinaremos si la demandante reúne los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión de vejez; **(v)** de ser así, el IBL y el monto de la misma; **(vi)** la condena en costas impuestas a las accionadas.

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al 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, otrora 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.”

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

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 (Sentencia SL-4803/2021)

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Porvenir S.A cumplió con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en el RPMPD y en el RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la

demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun con el prolongado paso del tiempo 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

6.2.2. Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la 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 expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de RPM al RAIS por omisión del deber de información por parte de PORVENIR S.A, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora 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 manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

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

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

6.3.3. Proponen las accionadas la excepción de prescripción que reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otras, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

*“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró **probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su***

íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016.”

Por otra parte, respecto a la prescripción planteada por los accionados, es pertinente citar lo expuesto en la citada sentencia SL-1689 de 2019, donde la M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

“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)”.

Amén de lo anterior, mal podría pregonarse la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR S.A, pues si atendemos a los efectos de la nulidad declarada, cual es que nunca se dio el traslado de régimen de la actora y, por el contrario, está siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida, habría de concluirse que tampoco se genera el derecho de la AFP de realizar el cobro de las cuotas de administración, las cuales surgen precisamente del vínculo que pudiera existir entre ésta y el afiliado (C.S.J Sala de Casación Laboral sentencia SL2877-2020)

6.3.4. Pensión de vejez

Por otra parte, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, es menester estudiar la procedencia de la pensión de vejez a favor de la parte actora y a cargo de la accionada Colpensiones. Así las cosas, con la presentación de la demanda se aportó copia de la cédula de ciudadanía de la actora, dejando al descubierto que nació el 29 de enero de 1961, por lo que al 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigor la ley 100 de 1993, contaba con 33 años, llevando a concluir que no goza del beneficio de la transición y por tanto su pensión ha de estudiarse a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, que en su artículo 33 prevé:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1 Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes

Así, se tiene que, partiendo de la fecha de nacimiento de la demandante, detallamos que los 57 años los alcanzó el 29 de enero de 2018, y en cuanto a las semanas mínimas requeridas, basta examinar la historia laboral actualizada al 10 de septiembre de 2021 emitida por Colpensiones, que da cuenta de haber cotizado un total de 877,29 semanas al RPMPD, asimismo se tiene que en el periodo de julio, agosto y septiembre de 1986 Colpensiones informa de una mora por parte del empleador y al estar estos periodos reportados y que la afiliación de la actora para esa data se encontraba en el régimen público, se tomaran en cuenta, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 100 de 1993, contabilizando así 124 semanas adicionales, para un total de 991,7 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media; además de lo anterior, de la historia laboral aportada por Porvenir S.A se acreditan 981 semanas al RAIS, sumatoria que asciende a un total de 1972 semanas cotizadas, por lo que no hay duda de que cumple con los requisitos exigidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y es merecedora de la pensión de vejez.

Como quiera que causación y disfrute son dos conceptos disímiles que pueden concurrir o no, y que el primero alude al cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la pensión mientras que el disfrute de la prestación requiere, además, del cumplimiento de los requisitos, la desafiliación del

sistema pensional, que puede ser acreditada por la solicitud que haga la afiliada al fondo de pensiones o inferirse de otras circunstancias como es el cese de cotizaciones junto con la solicitud de reconocimiento pensional; en el *sub exánime* se tiene que la actora con posterioridad a la fecha de causación del derecho continuo cotizando al sistema y solo hasta el 12 de mayo de 2020 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez la cual fue negada, por lo que se tiene por efectuada la desafiliación al sistema.

En el mismo sentido, se destaca que, al extraer el Ingreso Base de Liquidación de la pensión en aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y sobre los últimos diez años de cotización, el cual ascendió a la suma de \$1.233.647 a la que aplicó una tasa de reemplazo de 80% acorde con las semanas acreditadas como cotizadas, y por lo que cual arrojó una pensión en la suma de \$986.918 para el año 2022¹, por lo que procederá la Sala a confirmar lo decidido sobre este tópico por el fallador inicial.

Respecto al retroactivo pensional concedido, resulta preciso indicar que el *a-quo* en primera instancia, al realizar las operaciones matemáticas correspondientes indicó que se le adeudaba a la actora por este concepto la suma de \$34.719.109; sin embargo, al efectuarse la liquidación en esta instancia se adeuda un monto de \$35.148.184,00, avizorándose así una diferencia en los valores obtenidos; no obstante como la parte actora no presentó inconformidad sobre este aspecto a través de los recursos de ley y se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmará lo decidido sobre este tópico por el *a-quo*.

Por otro lado, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en su inciso 8° que ***“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiere efectuado***

¹ Folio 148-23 IBL-mesada pensional, retroactivo, deflactacion. Liquidación realizada por el grupo liquidador

el reconocimiento”; en consecuencia, como la actora causó el derecho a la pensión el 29 de enero de 2018, acertada fue la decisión de otorgarle trece (13) mesadas al año, sin que exista reparo frente al retroactivo pensional por cuanto, como ya se anotó, se tomarán los valores del IBL y monto de pensión arrojados en primera instancia.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión del fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

6.3. COSTAS

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, 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 las citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones de mérito cuyo resultado fue desfavorable; no obstante, como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso y la parte actora no presentó réplica no habrá lugar a condenarlas en segunda instancia, por cuanto no fueron causadas, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P.

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 en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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°. 23-001-31-05-002-2022-00259-01 FOLIO 254 – 23

Montería, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, respecto de la sentencia proferida en audiencia del 02 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NUBIA SOFIA PEREZ NOVA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **NUBIA SOFIA PEREZ NOVA**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los aportes de la demandante,

rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Nació el 23 de octubre de 1964, y a partir del 19 de febrero de 1988 se vinculó laboralmente con la empresa Caja de Compensación Familiar, mediante la cual se afilió al Régimen de Prima Media en pensiones administrado en ese momento por el extinto ISS hoy Colpensiones, y, posterior a ello, se trasladó en el mes de diciembre de 1995 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, afiliándose a la AFP Porvenir S.A.

-Manifiesta que al momento en que consolidó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por conducto de la AFP Porvenir S.A, esta sociedad no le informó documentalmente acerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el Régimen de Prima Media y hacer efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad R.A.I.S., ni le advirtió acerca del monto del capital que tendría que consignar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna.

-Indica que en el mes de mayo de 2022 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., donde se encuentra afiliada actualmente.

-Refiere que el 28 de septiembre de 2022 presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, el despacho declara no probada la excepción previa denominada: “*No contener en la demanda a todos los litisconsortes necesarios*”, propuesta por Colfondos S.A. Las accionadas se opusieron 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, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, prescripción y genérica.*

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.*

2.3.3. COLFONDOS propuso la excepción previa de *no contener en la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, y sin excepciones de fondo por no existir oposición.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

El Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando es necesario para efectos del traslado la suficiente información, pues se ha dispuesto que la afiliación debe estar rodeada de una voluntariedad, quitándole eficacia a aquellas que no se realicen de manera libre y voluntaria. En efecto, soportados en las documentales adosadas al plenario y pese a que dicha voluntad fue libre, se puede corroborar que no fue debidamente informado, conforme a los derroteros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por lo tanto, el afiliado no pudo adoptar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el

fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, así se plasmó en una de las Sentencias hito sobre el tema que se analiza, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021, donde este tribunal adujo lo siguiente: *“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”*

Añade más adelante la Corte en torno al punto en el artículo 1604 del Código Civil en donde establece que: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.”* Así las cosas y ante todo lo expuesto, expresa que debe decirse en aplicación a las reglas probatorias sentadas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte traídas a colación, que es un deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria, acorde con lo anterior, sostiene que para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición de que la demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

Así las cosas, concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que el fondo Porvenir S.A debe realizar la devolución de los descuentos que hubiere efectuado por gastos de administración, seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima durante el lapso del tiempo que la demandante estuvo vinculada, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones. Así también, la AFP Colfondos S.A., de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes en pensión junto con sus rendimientos financieros, descuentos que haya realizado por cuotas de administración, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a las arcas de Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las presentadas por las accionadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que, la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en el intervienen, pues la administradora fue ajena a esa circunstancia ya que no brindó asesoría a la demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes.

Asimismo, manifiesta que, si aun con la Sentencia de primera instancia se establece que por parte de las AFP privadas no se brindó información acerca de las características propias, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, es por ello que debe ser dichas administradoras las que soporten las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, toda vez que como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y por ende no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido con

el actor pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus respectivas indexaciones.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y por cuanto el interés propio de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o una causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen. Aunado a lo anterior, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico de las personas que con tanto esfuerzo han permanecido en el RPM.

Manifiesta que, en este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no solo debe ir enmarcada a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM, los cuales se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven de RAIS al RPM, no es menos cierto que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, aduce que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, y además es un tercero ajeno que no debe verse afectado por las resultas del proceso.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Aduce que, en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración no debe perderse de vista que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los

trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece; dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP, es decir, gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje lo que no hubiera sido posible si la afiliada estuviera cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así también, manifiesta que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, al ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configuraría en un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en el artículo 113 Literal B de la Ley 100 de 1993, se establecen cuáles son los rendimientos que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, por lo que se torna evidente que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual.

Expresa que no debe haber lugar a condena en costas, dado que cumplió con el deber que se encontraba en cabeza de ella, y ha actuado conforme a derecho.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y las accionadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

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 por resolver

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

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al 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, otrora 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 enunciados, 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:

*“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.”

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

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. Sobre este tópico se precisó en la sentencia SL-4803-2021:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos</i>

	Art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador. ”

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Porvenir S.A., y Colfondos S.A. hayan cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), 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 Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

6.2.2. En cuanto a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la 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 expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de RPM al RAIS por omisión del deber de información por parte de PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR S.A. Y 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 de la actora 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 el prevé.

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

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

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

Proponen las accionadas la excepción de prescripción que reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otras, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

*“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, **cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016.**”*

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones y Porvenir S.A.

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 y PORVENIR S.A., será confirmada.

Ahora bien, con respecto a esta instancia, sostiene la Sala que no hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

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 del 02 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

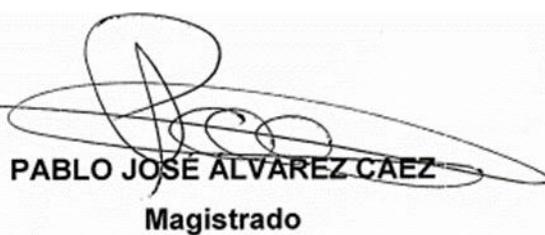


RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-0001-31-05-005-2022-00021-01 FOLIO 267-22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 05 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por YAMILA ESTHER MURILLO VERTEL contra LADOINSA LABORES DOTACIONES INDUSTRIALES SAS.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, cuyos extremos temporales se desarrollaron entre el 16 de mayo de 2019 y el 30 de enero de 2021. Así, solicitó condenar a la demandada a pagar los conceptos de auxilio de transporte en vigencia de la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de la que trata el artículo 65 del C.S.T., la indemnización plena u ordinaria de perjuicios conforme con el artículo 216 del C.S.T, la indemnización por los perjuicios morales, psicológicos y materiales ocasionados por el despido injustificado y el pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó el reintegro de manera inmediata y definitiva al cargo que ocupaba como auxiliar de servicios generales, el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir desde el 30 de enero de 2021.

2.2. Como fundamentos fácticos indicó que sostuvo con la empresa demandada una relación laboral desde el 16 de mayo de 2019 hasta el 30 de enero de 2021, por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, en la cual desempeñó el cargo de auxiliar de servicios generales.

Declaró que el empleador dio por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo el pasado 30 de enero de 2021, sin mediar autorización por parte del Ministerio del Trabajo. Así mismo, indicó que no recibió ningún llamado de atención durante la ejecución de la relación laboral y que en todo caso la empresa demandada no realizó el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Afirmó que sufre de diferentes patologías, entre ellas las que fueron diagnosticadas como: “*Cólico renal uriolitia, calculo, colecistitis aguda y colelialitis*”. Señaló que la demandada tenía pleno conocimiento de su estado de salud e insistió en que no solicitó la correspondiente autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda, se obtuvo contestación por parte de la demandada, quien propuso como excepciones de fondo las denominadas: *inexistencia de condición de discapacidad de la demandante, improcedencia por no existir nexo causal entre la terminación del contrato y el estado de salud de la trabajadora, terminación del contrato por una causal objetiva, inexistencia de la obligación de la indemnización de la que trata el artículo 64 del CST ni la señalada en el*

artículo 26 de la ley 361 de 1997 e inexistencia de la obligación de la indemnización de la que trata el artículo 65 del CST.

Para lo anterior, sostuvo que la terminación del contrato de trabajo con YAMILA ESTHER MURILLO VERTEL ocurrió bajo la finalización del contrato de obra o labor, conforme con la causal reseñada en el artículo 61 del CST, en razón a que el último contrato suscrito con la E.S.E HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA para el servicio integral de aseo y cafetería finalizó el 31 de enero de 2021, cesando así las causas que dieron origen a la relación laboral.

Afirmó que la demandante no presentó recomendaciones o restricciones médico ocupacionales durante la vigencia de la relación laboral.

Finalmente, informó que al fenecer la relación laboral suscrita con la trabajadora, realizó a esta el pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales.

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

III. SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo de obra o labor que se ejecutó entre el día 16 de mayo de 2019 y el 30 de enero de 2021, el cual finalizó por terminación de la obra contratada. En consecuencia, declaró probadas las excepciones presentadas por la parte demandada y absolvió a la misma de las pretensiones incoadas en su contra; de otra parte, condenó en costas a la parte demandante en la suma de un (1) SMMLV.

Como fundamento indicó que no prosperan las pretensiones incoadas por la parte demandante, en razón a que la relación laboral versó sobre un contrato de obra o labor, que a pesar de que la trabajadora padece de patologías como dolores lumbares, cistitis y cálculos; lo cierto es que únicamente se reflejan 03 días de

incapacidad en vigencia de la relación laboral, sin que se pueda determinar que su estado de salud afecte la prestación de su servicio al tratarse de un padecimiento transitorio.

En lo que respecta al auxilio de transporte, indicó que obra prueba documental que acredita el pago de dicha prestación, además de la confesión realizada por la actora, quien expresó que la empresa demandada no le adeudaba suma alguna por este concepto. En igual sentido, sostuvo que no es procedente la condena respecto de los perjuicios solicitados como culpa patronal, toda vez que la enfermedad es de origen común.

Señaló que no es procedente el pago de la indemnización moratoria dado que la parte demandante no solicitó el pago de salarios y que, conforme se desprende de las pruebas aportadas por la parte demandada, se evidenció que fueron realizados los pagos de salarios y prestaciones sociales.

Finalmente, afirmó que ante la no prosperidad de las pretensiones principales de la demanda, no existen razones suficientes para estudiar las pretensiones subsidiarias conforme con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

4.2. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la sala resolver los siguientes problemas jurídicos en el grado jurisdiccional de consulta: **i)** Determinar la

naturaleza del contrato de trabajo suscrito por las partes; **ii)** Verificar si la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa legal; **iii)** Establecer si es procedente condenar a la demandada a realizar el pago del auxilio de transporte en vigencia de la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de la que trata el artículo 65 del CST, la indemnización plena u ordinaria de perjuicios conforme con el artículo 216 del C.S.T, la indemnización por los perjuicios morales, psicológicos y materiales ocasionados por el despido injustificado; y, **iv)** estudiar la procedencia de la pretensión subsidiaria, esto es, si le asiste o no el derecho a la trabajadora para ser reintegrada al puesto de trabajo, recibiendo para ello el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de terminación del vínculo laboral.

4.2.1. De la naturaleza del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que, la parte actora alegó en su escrito de demanda la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de contrato a término indefinido; situación que fue controvertida por la empresa demandada al señalar que la relación laboral operó a través de un contrato por obra o labor.

En este aspecto, se debe indicar que la empresa demandada aportó a folios 17 y 18 del archivo “06ContestacionDemanda20220222.pdf”, el contrato de trabajo de fecha 16 de mayo de 2019 suscrito por las partes en el que se especifica que se realizó por la duración de una obra o labor contratada. Al respecto, se verifica que en dicha documental se estableció que los servicios personales de la trabajadora se realizarían en el “Hospital San Jerónimo”.

La anterior información fue corroborada con lo afirmado por las testigos FLOR ANGELA VALENCIA ARANGO y NILSA MARÍA OJEDA NOVOA, quienes señalaron que la prestación personal del servicio que realizaron con la demandante fue prestada en el mismo establecimiento hospitalario.

Así las cosas, es necesario precisar que de acuerdo con las pruebas arrojadas por la demandada y que obran a folios 19 a 81 del archivo “06ContestacionDemanda20220222.pdf” respecto de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA y la empresa demandada, el contrato de obra o labor se encontró supeditado a la vigencia de dichos contratos.

Además, vale la pena señalar que obran a folios 18 y 19 del archivo “02Demanda20220203.pdf” correspondiente al expediente digital, certificados laborales en los que se señala que el contrato suscrito por las partes versó sobre una obra o labor contratada.

En razón a lo anterior, debe predicarse que, como lo afirmó el *a-quo*, la naturaleza contractual de la relación laboral surgida entre las partes operó bajo un contrato de obra o labor, cuyo extremo final que no se encuentra en discusión, data del 31 de enero de 2021.

4.2.2. De la terminación de la relación laboral

En lo atinente a este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sido pacífica y reiterativa, en señalar la carga probatoria que le corresponde tanto al empleador como al trabajador, precisamente en sentencia SL180-2018, se advirtió:

“Debe recordarse que en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014.”

Ahora bien, en lo que respecta a la terminación del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3282-2019 citada por la SL299-2023, indicó:

“En este punto, la Corporación considera oportuno hacer dos precisiones. La primera, que la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, conforme al artículo 45 ibidem, no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado (CSJ SL 39050, 6 mar. 2013). Por ello, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada.”

Lo anterior se torna de gran trascendencia en el caso bajo estudio, por cuanto debe tenerse presente que la parte actora en su escrito de demanda indicó haber sido despedida por su empleador sin haber recibido memorando o llamado de atención durante la ejecución de la relación laboral sin que justifique su despido.

En este aspecto, encuentra esta Sala que a folio 102 del archivo “06ContestacionDemanda20220222.pdf”, se aportó el documento denominado “Cancelación de contrato y paz y salvo” que data del 28 de enero de 2021 y mediante el cual se informó a la trabajadora que podría laborar hasta el día 31 de enero de 2021 ante la terminación de la obra o labor correspondiente.

En efecto, dicha situación en efecto aconteció, según se pudo extraer de la información recabada por las testigos FLOR ANGELA VALENCIA ARANGO y NILSA MARÍA OJEDA NOVOA, quienes afirmaron que la empresa LADOINSA LABORES DOTACIONES INDUSTRIALES SAS finalizó la prestación del servicio contratado por la E.S.E HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA al finalizar el mes de enero de 2021.

Así las cosas, conforme con el criterio jurisprudencial, le asiste razón al *a-quo* al determinar que la terminación del contrato de trabajo no sucedió por la voluntad o mero capricho del empleador, sino como consecuencia de la culminación de la obra o labor establecida como condición para la finalización de la actividad contratada con la accionante; situación que en efecto no permite causar en favor de la trabajadora la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST.

4.2.3. De las pretensiones condenatorias

Respecto a la condena por concepto de auxilio de transporte que deprecia la parte accionante, advierte esta Sala que la misma no es procedente en razón a que la demandada acreditó su pago conforme se evidencia de los soportes de pago visibles en los folios 107 a 128 del archivo “06ContestacionDemanda20220222.pdf”. Tal situación, se encuentra en armonía con la afirmación realizada por la misma trabajadora en la declaración de parte cuando manifestó que la empresa demandada no le adeuda suma alguna por este concepto.

Referente a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., se encuentra que tampoco es procedente en el sentido de que no es posible efectuar una valoración de la buena o mala fe del empleador al tenor de que la trabajadora no acreditó la falta en el pago de salarios y/o prestaciones sociales.

En lo atinente a la indemnización del artículo 216 del C.S.T., vale la pena señalar que es cierto conforme lo expuso el juez de instancia en su decisión, que la

trabajadora cuenta con las patologías de: “*cólico renal no especificado, otros dolores abdominales y cálculo de riñón con cálculo de uréter*”, según la historia clínica aportada; sin embargo, no se demostró que tales enfermedades tuviesen un origen laboral o siquiera una relación causal con las tareas o funciones desarrolladas por la trabajadora en la empresa demandada para así efectuar el estudio de la culpa patronal, por lo que tal pretensión no resulta entonces procedente.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales, se observa que la demandante limitó dichas pretensiones bajo la simple afirmación, sin soportarlas debidamente a través de los medios de convicción a su alcance.

En materia de reparación de perjuicios, se requiere demostrar los tres elementos constitutivos de la responsabilidad, cuales son la culpa, el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro. En el presente asunto la demandante no demostró la existencia de un perjuicio cierto y personal ya sea patrimonial o extrapatrimonial, para tener derecho a la reparación pretendida. No basta con la afirmación de que se le ha irrogado un daño, sino que además se requiere su demostración, así como del nexo causal entre el acto dañoso y el perjuicio.

4.2.4. Del fuero de estabilidad laboral reforzada

En este punto, es preciso verificar si la demandante estaba cobijada por el fuero de la estabilidad laboral reforzada en persona con discapacidad para ser reintegrada conforme con la pretensión invocada.

En reciente pronunciamiento en el que se ajustó una nueva posición en materia de fuero de salud, la Sala Laboral de la CSJ en Sentencia SL 1152 de 2023, señaló:

“En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. (...)

(...) Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

En lo que se refiere a la presunción de despido discriminatorio; la Corte Suprema de Justicia en dicha providencia sostuvo:

*“Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, **al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador.** Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.”*

En virtud de lo expuesto, se precisa desde ya que no erró el estrado judicial al afirmar que la demandante no acreditó la existencia de una deficiencia física, mental que le impidiera ejecutar de forma funcional las tareas dispuestas a su cargo.

En efecto, al verificar la historia clínica se extrae que en atención médica que data del 30 de enero de 2021 como fecha de ingreso y del 31 de enero de 2021 como fecha de egreso, la demandante en aquella oportunidad: *“refiere cuadro clínico de aproximadamente 20 minutos consistente en dolor intenso tipo cólico en región lumbar derecha que se le irradia al hipogastrio y genitales externos 10/10, náuseas, disforesis, con antecedentes de litiasis renal”*. (folio 32 del archivo *“02Demanda20220203.pdf”*).

De lo anterior, no se puede concluir que dicha situación sobreviniente en la fecha que terminó la relación laboral configure un despido discriminatorio por cuanto: i) no se demostró que las patologías presentadas previas al cuadro clínico acontecido le impidieran a la trabajadora desarrollar la funciones para las que fue contratada; y, ii) la comunicación de la terminación de la relación laboral como consecuencia de la finalización de la obra o labor se había surtido en una fecha anterior, esto es, el día 28 de enero de 2021.

Adicionalmente, y si bien se encuentra que la trabajadora allegó como prueba al plenario la incapacidad médica No. 471 de fecha 19 de enero de 2021 según el folio 42 del archivo *“02Demanda20220203.pdf”*); lo cierto, es que tal incapacidad se otorgó únicamente por el término de 03 días, sin que ello permita configurar una situación de debilidad manifiesta.

Así las cosas, ante la falta de acreditación de los elementos jurídicos en esta materia, la pretensión solicitada por la demandante a juicio de esta Sala tampoco puede prosperar.

Atendiendo las consideraciones precedentes, no encuentra la Sala reparos a la decisión adoptada por el fallador de primera instancia y por ello se confirmará la sentencia consultada.

5.1. Costas

No hay lugar a condena en costas debido a que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

VI. 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 05 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro de la demanda ordinaria laboral promovida por la señora YAMILA ESTHER MURILLO VERTEL contra LADOINSA LABORES DOTACIONES INDUSTRIALES SAS.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁNEZ 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°. 23-001-31-05-003-2022-00122-01 FOLIO 268 – 23

Montería, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, con respecto a la sentencia proferida en audiencia del 02 de junio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CAROLINA MARIA SIERRA PINEDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **CAROLINA MARIA SIERRA PINEDA**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. trasladar todos los aportes y rendimientos de la demandante al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida. Por último, la indexación de las condenas, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades de Ultra y Extra Petita.

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

-Que desde el 24 de octubre de 1991 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS., hoy Colpensiones, y, posterior a ello, el 01 de septiembre de 2002, fue afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S., específicamente en el Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

-Indica que, al momento de afiliarse a Porvenir S.A., no se le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de dejar el Régimen de Prima media para trasladarse al R.A.I.S., ni acerca de la diferencia del monto pensional entre regímenes y menos aun acerca de las ventajas y desventajas que conllevaba dicho traslado.

-Refiere que el 19 de abril de 2022 presentó solicitud de traslado ante Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que se procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas se opusieron 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 del nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones y genérica.*

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

El Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que es necesario para efectos del traslado la suficiente información, pues se ha dispuesto que la afiliación debe estar rodeada de una voluntariedad, quitándole eficacia a aquellas que no se realicen de manera libre y voluntaria. En efecto, soportados en las documentales adosadas al plenario y pese a que dicha voluntad fue libre, se puede corroborar que no fue debidamente informado, conforme a los derroteros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por lo tanto, la afiliada no pudo adoptar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, según la línea jurisprudencia, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021.

Refiere que en el material probatorio que obra en el expediente, no se constata que la vinculación de la demandante hubiere estado precedida del suministro de la ilustración necesaria, clara, transparente y suficiente, porque, aunque el formulario cuenta con la inscripción de que realizó su elección libre, espontánea y voluntariamente, ello por sí solo no demuestra la ilustración de los beneficios, pros y contras, entre otras, sobre las características particulares de cada sistema o la forma de consolidar el derecho, en cada uno de ellos.

Así las cosas, expresa que es deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria; acorde con lo anterior, sostiene que, para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición que la demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que el fondo Porvenir S.A debe realizar la devolución de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las presentadas por las accionadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en el intervienen, pues la administradora fue ajena a esa circunstancia ya que no brindó asesoría al demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes, fue un tercero ajeno a esas circunstancias.

Ahora bien, indica que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, teniendo en consideración que tanto el ISS como Colpensiones han sido absolutamente respetuosas en la autonomía de la voluntad privada, y, por lo tanto, han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Arguye que cumplió con otorgar una información veraz, clara y completa a la parte demandante.

Con relación a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, aduce que no debe perderse de vista que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece; dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP, es decir, gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje lo que no hubiera sido posible si la afiliada estuviera cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así también manifiesta que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, al ordenar

el traslado de estos gastos a Colpensiones se configuraría en un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en el artículo 113 Literal B de la Ley 100 de 1993, se establecen cuáles son los rendimientos que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, por lo que se torna evidente que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

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 por resolver

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

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al 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, otrora 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 enunciados, 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:

*“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**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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

adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

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. Sobre este tópico se precisó en la sentencia SL-4803-2021:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.”

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR S.A, demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), 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 Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

6.2.2. En cuanto a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la 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 expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de RPM al RAIS por omisión del deber de información por parte de PORVENIR S.A., cual es que nunca se dio el traslado

y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que el prevé.

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

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

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

Proponen las accionadas la excepción de prescripción que reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otras, en sentencia SL

361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

*“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, **cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016.**”*

6.3. COSTAS

De la 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.

Ahora bien, con respecto a esta instancia, sostiene la Sala que no hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

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 del 02 de junio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

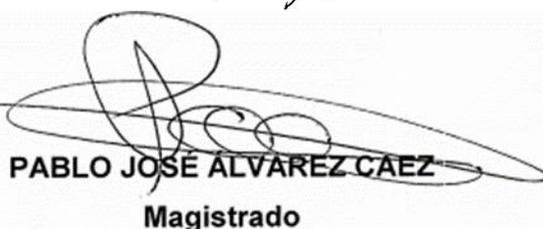


RAFAEL MORA ROJAS

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°. 23-001-31-05-005-2021-00259-01 FOLIO 270 – 22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida en audiencia del 01 de julio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GUSTAVO ANTONIO MORENO TANO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la UGPP.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el actor se declare que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague su pensión de vejez más el retroactivo pensional causado desde el 31 de agosto de 2019; así como los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales dejadas de percibir, la indexación de las condenas, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades Ultra y Extra Petita.

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

Indicó que nació el 20 de mayo de 1951 y, en cumplimiento de fallo judicial, le fue reconocida pensión sanción, mediante Resolución N. 00497 del 29 de diciembre de 2006.

Manifestó que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, con un total de 2.109,86 semanas cotizadas.

Relató que mediante Resolución No. GNR 196860 del 01 de julio de 2015, Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez; así mismo mediante Resolución No. GNR 37548 del 03 de febrero de 2016, la entidad le negó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Posterior a ello, comentó que Colpensiones volvió a desatar las peticiones en forma negativa mediante las resoluciones No. GNR 366970 del 05 de diciembre de 2016, No. SUB 37167 del 21 de abril de 2017 y No. SUB 213825 del 07 de octubre de 2020.

En atención a lo anterior, el 18 de marzo de 2021 solicitó nuevamente ante Colpensiones el reconocimiento de una pensión de vejez que fue resuelta nuevamente de forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda en vista de que cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas con la edad de 69 años.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, COLPENSIONES allegó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas:

inexistencia de la obligación, incompatibilidad pensional, no procedencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción y genérica.

Como fundamento de su defensa, manifestó que a GUSTAVO ANTONIO MORENO TANO le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS - INAT, MINISTERIO DE AGRICULTURA, en razón de ello, dicha prestación económica resulta incompatible con lo aquí pretendido, debido a que los aportes efectuados son utilizados para la financiación de su actual pensión reconocida y, teniendo en consideración, que no se puede permitir que un mismo beneficiario tenga acceso al mismo tiempo a dos pensiones que, por su naturaleza, cubren el mismo riesgo.

Finalmente, sostuvo que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no era una opción para quienes se encontraban disfrutando de la mencionada prestación, toda vez que para hacerse acreedor a este beneficio se hace necesario que la persona no haya consolidado su derecho pensional.

2.3.1. A través de auto de fecha 2 de marzo de 2022 se vinculó a la UGPP en calidad de litisconsorte necesario.

2.3.2. La UGPP allegó escrito de contestación en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas: *falta de legitimación en la causa por pasiva, incompatibilidad del reconocimiento pretendido, buena fe, prescripción trienal.*

Como fundamento de su defensa, manifestó que no le asiste interés jurídico sustancial en el debate suscitado teniendo en cuenta que no sería la entidad competente para llevar a cabo el reconocimiento y pago de la prestación como la pretende el demandante. Por lo anterior, no estaría legitimada en la causa por pasiva, ante la carencia de competencia legal y normativa para comparecer al proceso como parte en la relación sustancial propuesta por la parte demandante.

De otra parte, sostiene que las pretensiones elevadas con la demanda inicial no son procedentes, puesto que el reconocimiento de la pensión de vejez como la pretende el demandante sería incompatible con el reconocimiento de la pensión sanción que es administrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y pagada a través del FOPEP.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia establece que el señor GUSTAVO ANTONIO MORENO TANO tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por ser compatible con la pensión sanción que en la actualidad recibe de la UGPP en representación del FOPEP, teniendo en consideración que la pensión sanción le fue reconocida mediante un acuerdo conciliatorio, en donde la entidad aún le seguía pagando los aportes a pensión con el fin de que tan pronto el demandante cumpliera con los requisitos establecidos en la Ley, le fuera entonces reconocido su derecho pensional, de igual manera se exonerará a la UGPP de dicho cargo.

Así también, indicó que sumados los tiempos cotizados con el ex empleador más los tiempos cotizados en Colpensiones, resultaría en efecto las 1.300 semanas que se requieren, lo que denota en una clara compatibilidad pensional. Como consecuencia de lo anterior, manifiesta que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES deberá reconocer y pagar la pensión de vejez al señor GUSTAVO ANTONIO MORENO TANO, causada desde el 30 de junio de 2020 y de disfrute el 1º de julio de 2020, en cuantía de \$1.108.927 para el año 2020, para el año 2021 \$1.126.781 y para el año 2022 \$1.190.106, más la mesada adicional de diciembre; así también, señaló que Colpensiones deberá pagar el monto total de la mesada pensional

reconocida por la UGPP, quedando subrogada esta prestación totalmente en Colpensiones, sin que haya lugar a mayor valor de parte de la UGPP. Del mismo modo, deberá realizar el pago del retroactivo pensional causado a favor del actor por las mesadas pensionales correspondientes del 1 de julio de 2020 al 30 de junio de 2022, previo descuento de la mesada ya pagada por la UGPP por concepto de la pensión sanción reconocida y hasta que se produzca el pago efectivo de las mismas, el cual al 30 de junio asciende a la suma de \$5.236.237.

De otra parte, sostuvo que se deberá ordenar los descuentos para salud, acorde con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 a partir de la generación de mesadas y Colpensiones deberá efectuar el pago de los intereses moratorios que ascienden a la suma de \$1.520.317.

En cuanto a las excepciones planteadas por Colpensiones y la UGPP las declaró como no probadas, y finalmente, condenó en costas a Colpensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La demandada Colpensiones a través de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación mostrando su inconformidad de la siguiente manera:

1. Frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, refiere que al actor ya se le viene pagando una pensión sanción reconocida por el INAT, mediante Resolución 497 del 29 de diciembre de 2006, la cual fue objeto de conciliación de dicha entidad con el actor, aprobado mediante auto de fecha 04 de octubre de 2006 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, siendo así, señala que de esta forma se cubre la contingencia de vejez deprecada por el demandante.
2. Frente a los intereses moratorios, indica que en el presente caso no existe mora alguna, por lo tanto, no es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios debido a que los mismos comienzan a causarse por

la demora en el pago de las mesadas pensionales una vez se haya expedido el acto administrativo que reconoce la prestación.

3. Frente a la condena en costas, manifiesta que actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de buena fe y sumado a ello, dentro del proceso no se encuentra prueba que evidencie la acreditación de las mismas.

4.2. La apoderada judicial de la UGPP presentó recurso de apelación en que manifestó que existe un retroactivo pensional desde el 30 de junio de 2020 a favor de la entidad sobre el cual no se pronunció el *a-quo* hasta el momento en que se encuentre ejecutoriada la sentencia.

No obstante lo anterior, el *a-quo* declaró improcedente el recurso de apelación presentado dado que consideró que a la entidad en cuestión no le asiste interés dentro del presente asunto, pues el objeto del proceso dista de lo pretendido por la entidad.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no intervino en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

Colpensiones presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de su apoderada judicial, reiterando lo esbozado en la contestación de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 01 de julio de 2023, emitido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, y se absuelvan de las pretensiones.

De otra parte, la UGPP presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de su apoderado judicial, solicitando se confirme el fallo proferido por el *a-quo*; y, además de ello, solicita se module la orden impartida a la demandada Colpensiones, en el sentido que pague el retroactivo

causado desde el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez hasta cuando se suspenda el pago de la pensión sanción, retroactivo que deberá pagar favor del Fondo de Pensiones Públicas de la Nación- FOPEP.

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 erró el *a-quo* en determinar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en favor del demandante a través de la figura de la compartibilidad pensional; **ii)** Si es procedente o no la condena efectuada frente al pago de intereses moratorios por la demora en el pago de las mesadas pensionales; y, **iii)** Si es procedente o no la condena en costas emitida por el juez de instancia.

6.2.1. Para desatar los problemas jurídicos se debe partir que no se encuentra en discusión que al demandante le fue reconocida una pensión sanción a través de la Resolución 00497 del 29 de diciembre de 2006 por parte del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT - En Liquidación (folios 10 y 11

del archivo “25Expediente20220418.pdf”). Así mismo, que tal prestación económica fue reconocida a partir del 01 de diciembre de 2006 en cumplimiento del auto de fecha 04 de octubre de 2006 proferido por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Barranquilla – Atlántico. Igualmente, no se encuentra en discusión que el actor se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

6.3. De la Compartibilidad y la Conmutación Pensional

Sea lo primero indicar que, tal y como lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia existen claras diferencias entre las figuras de la conmutación pensional y compartibilidad pensional, en ese sentido en Sentencia SL42943 de 2013 reiterada por la SL4951 de 2016 indicó sobre la primera de ellas lo siguiente:

“...la conmutación pensional, que es un fenómeno jurídico diferente al de la compartibilidad, y que, ha dicho la Corte, “(...) procede en casos excepcionales tanto para las pensiones de jubilación legales como para las “convencionales”. Mediante esta figura el I.S.S. puede sustituir a la empresa obligada en el pago de la jubilación y demás derechos accesorios a ella. Opera principalmente en los casos de empresas en proceso de liquidación, cierre, notorio estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores.” Sentencia del 8 de agosto de 1997, Rad. 9444, reiterada en las del 10 de septiembre de 2002, Rad. 18144, 30 de junio de 2005, Rad. 24938 y 1 de septiembre de 2009, Rad. 33806, entre otras.

Esto es, la conmutación pensional responde a situaciones excepcionales de crisis en las empresas, que conllevan a determinar de manera razonable que el pago de las pensiones de jubilación se ve sometido a riesgos serios. Por ello, se autoriza un traslado de la responsabilidad en su pago del empleador al Instituto de Seguros Sociales, a una compañía de seguros o a una administradora de fondos de pensiones. En todo caso, por virtud de la conmutación, la pensión no tiene por qué verse disminuida o compartida.

De otro lado, en lo que se refiere a la compartibilidad pensional aclaró:

“La compartibilidad de las pensiones, por otra parte, constituye una fórmula de transición en el proceso de asunción de los riesgos de vejez que tenían a su cargo los empleadores, por parte del Instituto de Seguros Sociales. Con dicha figura, la pensión de jubilación se ve trasladada parcialmente al Instituto y, por lo mismo, termina siendo compartida en su pago, pues el empleador solo está obligado a sufragar el mayor valor que se genere entre una prestación y otra.”

Sobre la compartibilidad pensional, la sentencia SL de radicado No. 31386 del 03 de abril de 2008 reiterada por la sentencia SL5315 de 2021, definió los casos en los que opera esta figura jurídica, en los siguientes términos:

“(…) Sobre el tema de la compartibilidad de las pensiones convencionales, extralegales o voluntarias con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, la jurisprudencia laboral tiene definido que, a partir de la fecha de publicación del Decreto que aprobó el Acuerdo 029 de 1985, los empleadores inscritos en el Instituto de Seguros Sociales que reconozcan a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación consagradas en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o de manera voluntaria, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento dicho Instituto, procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ente de seguridad social y la que venía siendo pagada por el empleador.

Ninguna duda queda entonces de que la compartibilidad que instituyó esa disposición, que fue reiterada por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, opera para las pensiones extralegales causadas desde la publicación del Decreto 2879 de 1985, que aprobó el mentado Acuerdo 029, es decir, desde el 17 de octubre de 1985, por cuanto así quedó estipulado con claridad en el artículo 5º de dicho acuerdo, siendo indiferente la fecha en que se haya suscrito la convención, pacto, acuerdo o laudo arbitral de donde emana el derecho pensional respectivo.”

En razón a lo anterior, teniendo en cuenta que la causa que motiva la configuración de ambos fenómenos jurídicos es distinta, es preciso realizar un examen en el *Sub Judice* a efectos de verificar la inconformidad planteada por

la demandada y en consecuencia, dilucidar si el juez de instancia erró o no al considerar que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación económica de la pensión de vejez en virtud de la compartibilidad pensional.

Así las cosas, se ha de partir en que al actor le fue reconocida una pensión sanción a través de la Resolución 00497 del 29 de diciembre de 2006 emitida por el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT - En Liquidación, en la cual se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: En cumplimiento al Auto del 4 de octubre de 2006, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), incluir en Nómina de Pensión Sanción del INAT en Liquidación al señor MORENO TAÑO GUSTAVO, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.374.008, a partir del 1 de diciembre de 2006 en cuantía de CUATROCIENTOS OCHO MIL PESOS MCTE (\$408.000.00), conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO QUINTO: El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación o la entidad que haga sus veces deberá afiliar al beneficiario al Sistema General de Pensiones y pagará la totalidad de la cotización con el fin de obtener la conmutación Pensional prevista en el Artículo 37 de la Ley 50 de 1990.” (Negrilla por fuera del texto)

Por lo tanto, si bien en principio se denota que la resolución que reconoció el pago de la pensión sanción del actor surgió con ocasión de la conciliación suscitada por el demandante y el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT - En Liquidación que fue aprobada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla – Atlántico, siendo uno de los resultados perseguir la conmutación pensional; lo cierto, es que tal y como lo argumentó el *a-quo*, dicha figura no puede predicarse en el presente asunto siendo que el objeto tuitivo que emana para el actor es la configuración del fenómeno jurídico de la compartibilidad pensional, como pasa a exponerse en las siguientes razones:

1. Conforme se desprende de las documentales que obran a folios 176 a 179 del archivo “29RepuestaRequerimientoJdoCuarto20220513.pdf”

referentes al documento denominado: “*Antecedentes del acuerdo conciliatorio – Pensión Sanción*”, se observa que el HIMAT luego llamado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT suprimió la totalidad de los cargos de los trabajadores oficiales como consecuencia de la reestructuración de la entidad en virtud del artículo transitorio 20 de la carta política.

Dicha situación, permite comprender a primera vista que bajo el proceso de reestructuración que afrontaba, la entidad luego de autorizar las conciliaciones judiciales para realizar el reconocimiento de la pensión sanción de aquellos trabajadores que cumplieran con los requisitos dispuestos en la ley, tenía por intención la sustitución en el pago de la jubilación a través de la conmutación pensional.

2. Sin embargo, aun cuando es claro que en la actualidad la entidad empleadora se encuentra liquidada y su pasivo pensional es administrado por la UGPP; lo cierto, es que dentro del proceso brilla por su ausencia el acto administrativo que permita colegir que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES u otra administradora de fondo de pensiones o compañía de seguros, hubiere aceptado la conmutación pensional señalada en la Resolución 00497 del 29 de diciembre de 2006.

Al respecto, es menester precisar tal y como se señaló en la cita jurisprudencial, es necesaria la autorización para así efectuar el traslado de la responsabilidad de pago del empleador al ISS, a la compañía de seguros o a la administradora de fondo de pensiones.

3. De acuerdo con la jurisprudencia laboral, en sentencias CSJ SL517-2020 y CSJ SL3647-2021, se señaló que:

“(…) la compartibilidad pensional opera por ministerio de la ley, «en aquellos eventos en que el derecho pensional se estructure (…) con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, normatividad que consagró la compartibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez que llegare a reconocer el ISS» (CSJ SL8768-2015, reiterada en las sentencias CSJ SL18455-2016, CSJ SL17085-2017 y CSJ SL2437-2018).

Así, resulta prístino y pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación que las pensiones de origen extralegal causadas antes del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compatibles con las que reconozca el ISS y, a contrario sensu, serán compartidas con el Instituto si se causan después de esa data y no existe pacto expreso en contrario.”

En el *sub examine*, se observa que la pensión sanción reconocida al actor de manera voluntaria fue causada a partir del 01 de diciembre de 2006, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, por lo tanto, es claro que por ministerio de la ley se configura el fenómeno jurídico de la compartibilidad pensional dentro del presente asunto.

4. Para que exista compartibilidad pensional, se ha definido como se indicó con anterioridad en la cita jurisprudencial, que los empleadores que reconocieran las pensiones de forma extra legal: *“continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento dicho Instituto, procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere (…)”*

Para el caso de estudio, se observa que dicho presupuesto fue surtido comoquiera que en el artículo No. 5° de la Resolución 00497 del 29 de diciembre de 2006, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -

INAT se comprometió en afiliarse al actor al Sistema General de Pensiones realizando el pago de la totalidad de las cotizaciones.

Lo anterior, se encuentra reflejado en la historia laboral del demandante de la que se reportan las diferentes cotizaciones realizadas en nombre del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como entidad administradora, calidad que luego asumió la UGPP.

5. Finalmente, se deja constancia que en el presente asunto no se presenta el fenómeno de la compatibilidad pensional, toda vez que de aceptar tal precepto para el reconocimiento de ambas pensiones, se tendrían en cuenta los mismos períodos de servicio, lo que, de contera, transgrede los preceptos de carácter constitucional.

En conclusión, encuentra esta Sala que no incurrió en error jurídico la decisión adoptada por el *a-quo* al encontrar que la figura que opera en el caso es la de la compatibilidad pensional; en consecuencia, el argumento esgrimido por la entidad recurrente se encuentra sin sustento ante el análisis efectuado.

6.4. De la liquidación de la mesada pensional

Ahora bien, en lo que atañe al estudio de la liquidación de la mesada y el retroactivo pensional que fueron ordenados por el juez de instancia, se observa que tales pilares de la decisión no fueron materia de objeción por la recurrente; sin embargo, tal situación será analizada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En ese sentido, es claro que el derecho pensional que le asiste al demandante es el dispuesto en la ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, respecto del Ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se debe resaltar que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, señaló que este se determina con:

“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” o “Cuando el promedio del 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.”

Igualmente, para obtener la tasa de remplazo, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que señala:

“Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula

señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

Aplicado lo anterior al presente asunto, en lo que se refiere al número de semanas cotizadas, se debe tener en cuenta que según la historia laboral del accionante, el mismo reporta un total de 1.299 semanas cuya última cotización data del mes de junio de 2020; sin embargo, conforme con la liquidación efectuada por el grupo liquidador de la Rama Judicial se encontró que el actor reportó en realidad un total de 1.307 semanas cotizadas, por lo que será este último valor el tenido en cuenta a efectos de calcular la prestación económica.

Ahora bien, debe aclararse que de conformidad el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a que se le tenga para efectos de determinar el ingreso base de liquidación el promedio salarial de los diez últimos años o toda su vida laboral, toda vez que, en este último caso, el actor cuenta con un total de 1.307 semanas, número que sobrepasa el mínimo requerido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En este orden y teniendo en cuenta lo anterior, se verificará si el ingreso base de liquidación con el promedio de los salarios cotizados durante toda la vida laboral o de los últimos diez años resulta superior al determinado por la entidad demandada.

6.4.1. Toda su vida laboral

Así las cosas, de acuerdo con las operaciones aritméticas realizadas por el grupo liquidador de la Rama Judicial se encuentra que durante toda su vida laboral, el demandante tiene un Ingreso Base de Liquidación de \$ 1.476.055,48, el cual al ser dividido entre el valor del salario mínimo legal mensual vigente que para el año 2020, que es de \$ 877.803, arroja como resultado de la operación aritmética un 1.68, lo cual multiplicado por 0.5 deja un valor de 0.84, que al ser restado al 65.5% (porcentaje mínimo de donde parte la pensión), arroja un 64.66% que correspondería a la tasa de reemplazo, la cual no incrementará en atención a que el actor no reúne siquiera 50 semanas adicionales a las primeras 1.300. Por lo tanto, al multiplicar 64.66% por el Ingreso Base de Liquidación de \$ 1.476.055,48, se obtiene una mesada pensional a partir del 01 de julio de 2020 en la suma de \$954.417,47.

6.4.2. Los últimos diez años

Ahora, tomando para el efecto los últimos diez años de la vida laboral del demandante, se obtiene un Ingreso Base de Liquidación de \$ 1.718.348,15, según liquidación efectuada el grupo liquidador, el cual al ser dividido entre el valor del salario mínimo legal mensual vigente que para el año 2020, que es de \$ 877.803, arroja como resultado de la operación aritmética un 1.96, lo cual multiplicado por 0.5 deja un valor de 0.98, que al ser restado al 65.5% (porcentaje mínimo de donde parte la pensión), arroja un 64.52% la cual no incrementará en atención a que el actor no reúne siquiera 50 semanas adicionales a las primeras 1.300, por lo que 64.52% que multiplicado por el ingreso base de liquidación de \$ 1.718.348,15, deja una mesada pensional a partir del 01 de julio de 2020 en la suma de **\$ 1.108.678**, siendo esta la más favorable al actor.

Por lo anterior, es claro que resulta más favorable la liquidación practicada con los últimos 10 años de la vida laboral del actor; igualmente, se concluye que las operaciones aritméticas surtidas por el juez de primera instancia distan de los cálculos efectuados por el grupo liquidador de la Rama Judicial en una suma de

\$249 en favor de la demandada; así mismo, se deja constancia entonces que la mesada pensional para la anualidad de 2021 asciende a la suma de \$1.126.528 y para la anualidad de 2022 en la suma de \$1.189.839.

En razón a lo anterior, se observa que el pago de la mesada del retroactivo pensional en favor del demandante causado entre el 01 de julio de 2020 y el 30 de junio de 2022, previo el descuento de las mesadas reconocidas y pagadas por la UGPP, asciende a la suma de **\$ 4.391.765**, según la liquidación realizada por el grupo liquidador de la Rama Judicial.

Por lo tanto, se realizará la respectiva modificación sobre la parte resolutive de la sentencia dictada por el *a-quo*.

6.5. De la procedencia de los intereses moratorios

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

“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, encuentra esta Sala que el *a-quo* condenó a la demandada a realizar el pago de los intereses moratorios en atención al retardo en el pago de las mesadas pensionales, de esta manera aun cuando la CSJ ha previsto que los mismos proceden 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; lo cierto es que en Sentencia SL 1284 de 2023, aseveró:

“Adicionalmente, la Sala ha referido que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio,

pues proceden a fin de aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la tardanza del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, con independencia de las razones que se aduzcan en sede administrativa.

Sin embargo, esta no es una regla absoluta, en tanto la Corte ha reconocido supuestos en los cuales no cabe una condena por tal concepto, porque la negativa se encuentra plenamente justificada (CSJ SL704-2013). El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la administradora estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013). (Subraya fuera del texto).”

Teniendo en cuenta lo anterior, observa esta Judicatura que la pretensión principal del accionante en primera instancia versó en el reconocimiento de la pensión de vejez y que resultado del análisis jurídico realizado por el *a-quo* se determinó la existencia de una compartibilidad pensional; lo anterior, quiere decir que la administradora de pensiones al negar la prestación económica de la pensión de vejez estuvo amparada en el ordenamiento legal al momento en que se surtió la reclamación, esto es, que fue denegada ante la incompatibilidad pensional solicitada.

Conforme con lo expuesto, se revocará la decisión emitida por el juez de instancia y en su lugar se absolverá a la demandada del reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

6.6. De la 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.

6.7. En razón a lo expuesto, se observa que no han de prosperar los reparos realizados por la parte recurrente y que la modificación realizada sobre la sentencia dictada por el *a-quo* únicamente se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta

6.8. Finalmente, en lo que respecta a los alegatos de conclusión presentados por la UGPP, esta Sala se relevará de su estudio comoquiera que el recurso de apelación propuesto en primera instancia fue declarado improcedente por el juez de conocimiento.

6.9. 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 de que la cuantía de la mesada pensional a partir del mes de julio de 2020 asciende a la suma de \$ **1.108.678**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada, en el sentido de que las mesadas pensionales para la anualidad de 2021 ascienden a la suma de \$**1.126.528** y para la anualidad de 2022 en la suma de \$**1.189.839**, conforme con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada, en el sentido de que el retroactivo pensional a favor del actor asciende a la suma de \$ **4.391.765**, conforme con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: 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

**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°. 23-001-31-05-005-2020-00106-01 FOLIO 288-22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

Decide el Tribunal lo que en derecho corresponda sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 13 julio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido contra FERNANDO MORENO FISCAL, ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN demandó a FERNANDO MORENO FISCAL, ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ, para que se declare que entre ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN y FERNANDO MORENO FISCAL existió una relación de naturaleza laboral entre el 18 de junio de 2018 y el 20 de diciembre de 2018. Así mismo, la declaración de despido ilegal y sin justa causa efectuada por FERNANDO MORENO FISCAL.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a los demandados a pagar solidariamente las sumas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, trabajo suplementario, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, el valor de los reajustes salariales y los aportes correspondientes al sistema general de pensiones; y el pago de costas y gastos procesales.

1.2. Hechos

Relató la parte actora que laboró para la parte demandada FERNANDO MORENO FISCAL en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 2018 y el 20 de diciembre de 2018, cuya vinculación se realizó bajo la modalidad de un contrato verbal de trabajo a término indefinido que fue ejecutado de manera personal, subordinada y remunerada.

Manifestó que desempeñó labor de vigilancia en la instalación ubicada en calle 41 entre las carreras 10A y 11 en la ciudad de Montería – Córdoba, cumpliendo una jornada laboral de lunes a viernes de 04:00 p.m. a 7:00 a. m; sábado de 12:00 p. m a 12:00 a. m; domingo de 12:00 am a 7:00 a. m y lunes festivos de 7:00 am. a 7:00 a. m del día posterior.

Refirió que el salario percibido desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de su culminación ascendió a la suma de setecientos veinte mil pesos (\$720.000) mensuales, cancelada en cuatro pagos, percibiendo uno semanalmente.

Indicó finalmente, que la relación laboral terminó de forma ilegal, injusta y unilateral por parte del empleador; señaló que la parte demandada, nunca realizó la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral, ni el pago de acreencias laborales, prestaciones sociales e indemnizaciones. Así mismo,

señaló que no cumplió con el requerimiento establecido en el numeral 2° del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo y la obligación contenida en el Parágrafo primero del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el demandado FERNANDO MORENO FISCAL a través de apoderado judicial, mediante escrito de fecha 09 de septiembre de 2020, se opone a cada una de las pretensiones de la parte demandante, aduciendo que su fundamentación se encuentra desprovista de base fáctica y probatoria, cimentadas en afirmaciones temerarias, suponiendo de tal forma, un abuso del derecho perseguido.

Considera como no ciertos los hechos contenidos en la demanda, así mismo, arguye la inexistencia de un contrato de trabajo celebrado con ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN, en ese sentido, no ostenta la calidad de empleador en dicha relación laboral, por lo que, no tiene el deber de cumplir con las obligaciones legales señaladas por la parte demandada y, en consecuencia, el pago de las sumas pretendidas. Sin embargo, alega la existencia de un vínculo laboral, fungiendo como empleador el demandado VICTOR MARTINEZ VELAZQUEZ. Por último, propuso como excepciones de mérito, la inexistencia del contrato laboral, falta de legitimación de la causa por pasiva, temeridad o mala fe de la demanda, enriquecimiento sin justa causa y, la genérica.

2.2 En el trámite del proceso, el *a-quo* mediante auto de fecha 20 de mayo 2021 admitió reforma a la demanda presentada por la parte demandante, vinculando como demandados a ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ.

2.3 El demandado FERNANDO MORENO FISCAL omitió pronunciarse frente a la reforma de la demanda, por lo tanto, se tuvo por no contestada mediante auto de fecha 04 de agosto de 2021.

2.4 Mediante escrito de contestación de fecha 10 de junio de 2021, el demandado ÁLVARO ANTONIO QUIROZ VEGA a través de apoderado judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda al afirmar que carece de sustento fáctico y probatorio; hallándose soportada en afirmaciones temerarias. Así mismo, consideró que no ostenta la calidad de empleador de la parte demandante, en consecuencia, no se encuentra obligado a efectuar el pago por concepto de acreencias laborales, prestaciones sociales e indemnizatorias.

En lo que respecta a los hechos, aceptó parcialmente algunos, no constándole otros y teniendo por no ciertos los demás. Finalmente, propuso como excepciones de mérito, la inexistencia del contrato laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, temeridad o mala fe de la demanda, enriquecimiento sin causa y la genérica.

2.5 El *a-quo*, mediante auto de fecha de 11 de noviembre de 2021 designó curadores ad litem para los demandados VÍCTOR MARTÍNEZ VELÁSQUEZ y MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA.

2.6 En lo que respecta a VÍCTOR MARTÍNEZ VELÁSQUEZ, a través de curador ad litem asignado, presentó escrito de contestación, en el cual se acoge a lo decidido dentro de la litis. Frente a la relación fáctica contenida en la demanda, manifiesta no constarle ninguno de los hechos. Finalmente presenta como excepciones de mérito, la genérica y prescripción.

Por último, los demandados MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA y ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ guardaron silencio.

3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante proveído del 13 julio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró PROBADA la excepción de mérito denominada INEXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL presentada por el demandado FERNANDO MORENO FISCAL. En consecuencia, absolvió de todas y cada una de las pretensiones a los demandados FERNANDO MORENO FISCAL, ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ. Condenando en costas a la parte demandante.

Fundamenta el *a-quo* su decisión, afirmando en primer lugar que el problema jurídico se centraba en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 18 de junio de 2018 hasta el 20 de diciembre de 2018; estableciendo que, de encontrarse probado, se determinaría la causa del despido, y si este correspondió a uno de carácter injustificado. Del mismo modo, y probado lo anterior, si le asiste el derecho al demandante a percibir el pago de: cesantías, intereses de cesantías, primas, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, trabajo suplementario, indemnización por despido sin justa causa, afiliación al Régimen de Prima Media, cálculo actuarial por el periodo laborado y la sanción moratoria contenida en el Artículo 65 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.

Frente a dicha situación, invocó los artículos 22 y 23 del CST, indicando que los elementos legales requeridos para la existencia de un contrato de trabajo son *(i) La actividad personal del trabajador (ii) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y (iii) Un salario como retribución del servicio.* Así mismo, la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, disponiendo que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, primando de tal forma *la realidad sobre las*

formas. Presunción que, atendiendo al desarrollo jurisprudencial, debe entenderse que, si bien deben concurrir los tres elementos para declarar la existencia del vínculo laboral, la sola acreditación por parte del trabajador de la actividad personal es suficiente para presumir el contrato de trabajo, invirtiéndose, por tanto, la carga de la prueba, correspondiéndole al empleador desvirtuarla.

Resuelve entonces, no declarar la existencia de un contrato de trabajo entre ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN y FERNANDO MORENO FISCAL, con fundamento en la valoración probatoria, pues los testigos arrimados por la parte demandante y rendidos por RICARDO JARAMILLO CAVADIA, GLADYS ISABEL ACOSTA CARRASCAL, LUIS MIGUEL AGAMEZ GUERRERO, DAVID ANTONIO MAZ AGAMEZ resultan incoherentes, contradictorios y carentes de credibilidad; declarándose, a su vez, la tacha al tener interés en relación con la parte demandante; incumpléndose, por tanto, la carga de la prueba mínima requerida para acreditar la existencia de la prestación personal del servicio.

De otra parte, sostuvo que se debía declararse probada la excepción de INEXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL, propuesta por la parte demandada.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia; su reparo versa sobre el valor probatorio de las pruebas documentales y testimoniales practicadas, las cuales efectivamente acreditan el elemento de la prestación personal del servicio. En consecuencia, le correspondía a la parte demandada FERNANDO MORENO FISCAL desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 CST, asunto no sustentado.

En relación con lo mencionado, expuso que el demandado ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA aportó un contrato de promesa de venta sobre el inmueble ubicado en la calle 41 entre las carreras 10A y 11 de la ciudad de Montería – Córdoba, sobre el cual FERNANDO MORENO FISCAL ostenta la calidad de poseedor del bien desde el pasado 29 de enero de 2018, razón por la cual se entiende que es este último quien actúa como empleador del demandante, quien prestó personalmente sus servicios en dicho inmueble.

Aunado a lo anterior, sostiene que, en el escrito de contestación a la reforma de la demanda, el demandado ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA admite la existencia de una relación laboral entre ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ.

De otra parte, considera que constituye indicio grave la no contestación a la reforma de la demanda en contra del demandado FERNANDO MORENO FISCAL.

5. TRÁMITE

Mediante auto adiado el 03 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación concedido en efecto suspensivo, interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia y se corrió traslado a las partes para alegar en esta instancia.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2022, reiteró en sus alegatos de conclusión lo expuesto en la sustentación del Recurso de Apelación.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Presupuestos procesales

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

7.2. 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 66^a 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 omisión a la contestación a la reforma a la demanda constituye indicio grave en contra de la parte demandada ii) Si del acervo probatorio allegado y practicado por el *a-quo* se encuentra probada la prestación personal del servicio, y correspondía entonces a la parte demandada desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 CST.

7.2.1. Indicio grave por falta de contestación a la reforma de la demanda

Sustenta el accionante que la decisión del *a-quo* es reprochable por no haber tenido como indicio grave la falta de contestación a la reforma a la demanda por parte de FERNANDO MORENO FISCAL, con sujeción a lo establecido en el Código del Procedimiento Laboral.

Por lo tanto, es menester señalar lo contenido en el Parágrafo 2° del art. 31 del C. P.T. y S.S:

“PAR 2° La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado.”

De lo anterior, se denota que la norma contempla una consecuencia jurídica adversa al demandado cuando este haya omitido presentar la contestación de la demanda dentro del término dispuesto por el legislador.

Frente a la reforma a la demanda, el art. 28 del C.P.L. y S.S. dispone:

“La demanda podrá ser reformada por una vez, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la inicial o de la de reconvenición, si fuere el caso.

El auto que admita la reforma de la demanda, se notificará por estado y se correrá traslado por cinco (5) días para su contestación. Si se incluyen nuevos demandados, la notificación se hará a estos como se dispone en el auto admisorio de la demanda.”

Ahora bien, dentro del caso en concreto, el *a-quo* mediante auto de fecha de 20 de agosto de 2020 admite la demanda; ordenando notificar al demandado FERNANDO MORENO FISCAL, quien, mediante escrito de contestación de 09 de septiembre de 2020, se pronunció frente a los hechos, las pretensiones contenidas en la demanda; igualmente, propuso excepciones de mérito, adjuntó y solicitó el decreto de pruebas. Por lo que, mediante auto de fecha de 21 de octubre de 2020 se tuvo por contestada en debida forma y dentro del término legal y oportuno.

El demandante a través de apoderado, allegó escrito de 17 de septiembre de 2020 de reforma a la demanda, la cual consistió en *la adición de demandados, así como de hechos y modificación de pretensiones*¹, admitida en auto de 20 de mayo de 2021 por el *a-quo*, ordenando a su vez, la notificación por estado al demandado FERNANDO MORENO FISCAL y por dirección electrónica de conformidad con lo preceptuado en el artículo 8to del Decreto 806 de 2020 a ÁLVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTHA ONEIDA MADRID

¹ Expediente 288-22 Archivo 10 Pág. 1

PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTÍNEZ y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ.

Surtidas las notificaciones, el demandado FERNANDO MORENO FISCAL omitió pronunciarse frente a la reforma de la demanda, por lo tanto, se tuvo por no contestada mediante auto de fecha 04 de agosto de 2021.

La Sala considera que de dicha omisión no puede desprenderse la consecuencia jurídica contenida en el Parágrafo 2° del art. 31 del C. P. L y S.S, por cuanto:

Dicho parágrafo, contiene una consecuencia jurídica referente a tener como indicio grave en contra de la parte demandada la falta de contestación a la demanda; sin embargo, el Consejo de Estado en Sentencia con Rad. No. 68001-23-33-000-2013-00171-01(57649) del 16 de agosto de 2018; Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, determinó:

“Con todo, aun cuando se evidencia que Ecopetrol S.A. no se pronunció en relación con la reforma de la demanda, tal omisión no permite desprender los efectos adversos, previstos en la citada norma por cuanto:

En primer lugar, la previsión legal sanciona la falta de contestación de la demanda y no de la reforma de la misma. En esa medida, no resulta procedente para el fallador, dado su carácter sancionatorio, hacer extensiva por analogía dicha consecuencia adversa a un acto procesal que no guarda identidad con la premisa normativa.

Por lo tanto, no podía el *a-quo* aplicarle una interpretación extensiva por analogía, al fenómeno de omisión de contestación a la reforma de la demanda, por cuanto el legislador no estableció de manera taxativa una sanción del carácter invocado por el accionante.

Atendiendo a lo anterior, esta Sala considera que el reparo efectuado por el recurrente en la apelación no prospera.

7.2.2 Valoración del acervo probatorio practicado por el *a-quo* frente a la acreditación de la prestación personal del servicio

El artículo 22 del C.S. del T. señala que:

“1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

El artículo 23 de la misma normatividad, dispone:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

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

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

Y, el **artículo 24** *Ibídem* dispone: ***“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”***

Frente a este aspecto la Sala de Casación Laboral ha sido reiterativa en sus precedentes al sostener que a la parte demandante le basta sólo con demostrar la prestación personal del servicio, correspondiéndole a la parte demandada desvirtuar que esa relación estuvo regida por un contrato de trabajo, demostrando que no se dieron los tres elementos constitutivos del mismo, por ejemplo en sentencia SL6621-2017 del 03 de mayo 2017 Radicación N.º 49346 con ponencia de los Magistrados Clara Cecilia Dueñas Quevedo y Rigoberto Echeverri Bueno, consideró:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que, como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

De igual manera, conviene reiterar en cuanto a este tópico lo señalado al respecto por la Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL16528-2016 del 26 de octubre de 2016 Rad. No. 46704, con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz:

“Para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la

prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral”

Ahora bien, en el caso bajo estudio expone la parte accionante que, de los medios de prueba correspondientes a las pruebas documentales anexadas, la contestación de la demanda efectuada por el demandado ÁLVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, y los testimonios rendidos en primera instancia, yace la carga probatoria suficiente que acredita el elemento de prestación personal del servicio, consecuencia de ello, se aplica la presunción contenida en el artículo 24 del CST, correspondiéndole a la parte demandada, desvirtuarla. Sin embargo, el *a-quo* no lo valoró.

En lo que respecta al punto de inconformidad sustentado por la parte demandante frente a la valoración de la prueba, advierte esta Sala que acorde con lo dispuesto por el artículo 61 del C.S. T. que regula la libre formación del convencimiento, “*El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. (...)*”, tópico sobre el que se precisó en sentencia SL 663-2022, Radicado 78770, MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que:

“Para dar respuesta al segundo cargo, formulado por la vía directa, basta con indicar que en materia laboral y en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no es posible limitar la eficacia de la prueba testimonial, en la forma como lo establece el artículo 225 del Código General del Proceso, por varias razones.

La primera, es que el contrato de trabajo no exige como requisito para su configuración de la existencia de un escrito o del cumplimiento de una determinada solemnidad. Tanto es así, que el contrato puede constar por escrito o simplemente ser verbal, sin que en este último caso se afecte su validez.

En segundo término, la legislación laboral consagra la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, cuando quiera que exista una relación laboral, aspecto regulado por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que si bien no sirvió de fundamento a la sentencia ha tenido un desarrollo amplio en la jurisprudencia de esta Corporación.

Y en tercer lugar, porque conforme al artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que por ser regla especial tiene aplicación preferente en los juicios del trabajo, el juez laboral no está sujeto a una tarifa legal de la prueba y puede formar libremente su convencimiento, haciendo prevalecer sobre otras, aquellas pruebas que le ofrezcan mayor certidumbre sobre un hecho determinado.

En ese sentido el *a-quo*, tiene la facultad de formar libremente su convencimiento; ahora bien, lo anterior debe entenderse en armonía con el principio de Comunidad de la Prueba contenido en el artículo 176 del CGP “*Las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos*”.

Expuesto lo anterior, corresponde a esta Sala determinar si del material probatorio practicado por el *a-quo* se acredita la prestación personal del servicio como supuesto para aplicar la presunción contenida en el artículo 24 CST. Con respecto a ello, se analizará la contestación de la demanda de ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA; el interrogatorio de parte practicado a ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN y FERNANDO MORENO FISCAL, así como, los testimonios rendidos por RICARDO JARAMILLO CAVADIA, GLADYS ISABEL ACOSTA CARRASCAL, LUIS MIGUEL AGAMEZ GUERRERO y DAVID ANTONIO MAZ AGAMEZ.

Frente al escrito de contestación de la demanda de ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, esta Sala encuentra:

EL HECHO VIGÉSIMO NOVENO: PARCIALMENTE CIERTO, porque la supuesta relación laboral entre el demandante y el señor VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ (maestro de obra) si benefició a este último, más no benefició a los señores FERNANDO MORENO FISCAL Y ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA. Respecto de los señores ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ Y MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA no me consta que se hayan beneficiado de trabajo del señor ELMITO JOSÉ SUAREZ CIPRIÁN. (Archivo 26, folio. 6)

De lo contenido en el aparte anterior, no es posible establecer que ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA reconociera la existencia de una relación laboral entre la parte demandante y VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ, toda vez que la aceptación parcial del hecho se limita a una mera suposición, que no fue acreditada por este, en el trámite de primera instancia, negando dentro del interrogatorio efectuado, conocimiento alguno de la parte demandante y de cualquier vínculo contractual existente, por lo tanto, no cabe establecer para esta Sala tener por probado el elemento de prestación personal del servicio a partir de conjeturas carentes de sustento. Aunado a lo dicho, no encuentra la Sala en el análisis probatorio efectuado por el *a-quo* un desacierto en la valoración probatoria.

En lo que corresponde a la prueba documental adjunta por el demandado ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, referente al Contrato de Compraventa

Por otra parte, de los testimonios rendidos a favor de la parte demandante, el *a-quo* accedió a la tacha solicitada por la parte demandada, al considerar que tenían interés en relación con la parte demandante, al fungir como testigos de ELMITO JOSÉ SUAREZ CIPRIÁN en procesos laborales ordinarios pendientes en contra, así mismo, de FERNANDO MORENO FISCAL,

paralelos al litigio objeto de apelación. Debiéndose analizar, por tanto, con mayor rigurosidad.

Encuentra esta Sala que en sentencia CSJ SL3721-2019:

[...] de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar [...] (sentencia CSJ SL, del 12 de ago. 2011, rad. 11001-31-10-021-2005-00997-01).

Por lo que, así como el *a-quo* apreció con mayor severidad los testimonios rendidos, corresponde a esta Sala igualmente hacerlo, en atención a que la información recabada por los testigos presenta circunstancias que afectan su credibilidad. No obstante, lo anterior se encuentra respaldado, en lo contenido en el art. 61 y 211 de C. P. L y S. S.

Determina la Sala que no existió congruencia entre el interrogatorio rendido por ELMITO JOSÉ SUAREZ CIPRIÁN y los testimonios de LUIS MIGUEL AGAMEZ GUERRERO, RICARDO JARAMILLO CAVADIA, GLADYS ACOSTA CARRASCAL y, DAVID ANTONIO MAZ AGAMEZ, como se indica a continuación:

i) desconocen los testigos con quién llevó a cabo la relación laboral la parte demandante; en específico, la señora GLADYS ACOSTA y RICARDO JARAMILLO, indican que el demandado FERNANDO MORENO FISCAL tenía la calidad de empleador, empero, en razón de que el señor ELMITO SUAREZ así se los dio a conocer, no presenciando el hecho. **ii)** desconocen los

testigos, a excepción de GLADYS ACOSTA, si a la parte demandante se le remuneraba y cuáles eran los montos por concepto de salario; y, **iii**), frente a la motivación de la culminación de la presunta relación laboral, indican LUIS MIGUEL AGAMEZ GUERRERO, RICARDO JARAMILLO CAVADIA, GLADYS ACOSTA CARRASCAL y DAVID ANTONIO MAZ AGAMEZ que, culminó por razón de la terminación de la labor, hecho que aducen, al no verlo en el bien inmueble o habérseles comentado dicha situación, es decir, parten de meras suposiciones y dichos de la parte demandante.

De los dichos manifestados no puede determinarse los extremos de la jornada diaria laboral, aduciendo los testigos, que la hora de inicio se daba entre las 4:00 pm, 4:30 p.m. y 5:00 p.m. y de finalización, a las 7:00 a.m.; ahora bien, de los testimonios de LUIS MIGUEL AGAMEZ GUERRERO, se encuentra que no le consta lo anterior con fundamento en no haber presenciado el hecho.

Con respecto a RICARDO JARAMILLO CAVADIA, parte de la mera suposición que como salía a la mencionada hora, asumía que la parte demandante también; debe hacerse mención en este punto, que de lo dicho por ELMITO SUAREZ CIPRIÁN Y GLADYS ACOSTA, el testigo en mención no tenía vínculo laboral al momento, en contradicción con lo inicialmente indicado en el testimonio, al indicar que veía a la parte demandada al momento de dirigirse a su lugar de trabajo. Frente a DAVID ANTONIO MAZ AGAMEZ, arguye que veía solo a ELMITO SUAREZ en el bien inmueble en las horas al principio indicadas, empero, del testimonio de GLADYS CIPRIÁN, esta aduce que acompañaba en la labor al demandante de lunes a viernes.

Por último, en lo que corresponde a la prueba documental adjunta por el demandado ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, referente al Contrato de Promesa de Compraventa entre el referido y FERNANDO MORENO FISCAL de fecha 29 de enero de 2018, si bien, como lo expone el apelante, establece en la CLÁUSULA QUINTA:

QUINTA: ENTREGA DEL INMBUEBLE. La entrega real y material del inmueble objeto del presente contrato de promesa de compraventa la efectuara el PROMITENTE VENDEDOR al PROMIETENTE COMPRADOR, el día en que se firme la promesa de compraventa. (...). (Expediente 26. Folio 28),

Es decir, asiste razón en lo que atañe a determinar la posesión del señor FERNANDO MORENO FISCAL a partir de la fecha 29 de enero de 2018 sobre el inmueble objeto del contrato, con base en la anterior cláusula. Sin embargo, la prueba en mención, sólo permite advertir el acuerdo de voluntades entre los demandados ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA y FERNANDO MORENO FISCAL, pero de la misma es imposible realizar alguna inferencia que lleve al convencimiento acerca de la prestación personal del servicio por la parte demandante, enmarcada dentro de la integridad del material probatorio.

Así las cosas, el *a-quo* no pudo obtener de las pruebas documentales, interrogatorios y testimonios rendidos, los elementos que le permitiesen determinar la efectiva acreditación de la prestación personal del servicio alegada por el apelante, la cual hace presumir según el art. 24 CST, la existencia del contrato de trabajo. Expone entonces esta Sala, que no correspondía a la parte demandada desvirtuar una presunción inaplicable frente a la falta de coherencia y credibilidad de las pruebas practicadas.

Por tanto, como quiera que en el caso bajo estudio se declaró la inexistencia de una relación laboral con fundamento en la valoración probatoria y aplicación de los supuestos jurídicos correspondientes, esta Judicatura confirmará la decisión al desprenderse del análisis efectuado, que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria mínima, en la búsqueda de acreditar la prestación personal del servicio.

En esa medida, evidencia esta Colegiatura que ninguno de los reparos efectuados por la parte recurrente tiene la vocación de prosperar en esta instancia.

8. COSTAS

No hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P.

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 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-005-2020-00106 FOLIO 288-22**, promovido por **ELMITO JOSE SUAREZ CIPRIÁN** contra **FERNANDO MORENO FISCAL, ALVARO ANTONIO QUIROZ VEGA, MARTA ONEIDA MADRID PASTRANA, ROBERTO JUNIOR CARDONA MARTINEZ** y **VICTOR MARTINEZ VELASQUEZ**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

**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°. 23-0417-31-03-001-2021-00224-01 FOLIO 295-22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 21 de julio de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MANUEL ENRIQUE NEGRETE GARCÍA contra LUIS ALFREDO MILANÉS NIVIA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora que se declare que entre las partes existió una relación laboral bajo un contrato verbal entre el 23 de marzo de 2018 y el 22 de enero de 2021. En consecuencia, solicitó el pago de prestaciones por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, y las indemnizaciones contenidas en los artículos 65 del C.S.T. y art. 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990. Adicionalmente, solicitó el pago de dotaciones y la sanción correspondiente por no haber sido afiliado al sistema de seguridad social y riesgos laborales. Finalmente, solicitó la indexación de las condenas, la aplicación de las facultades ultra y extra petita; y la condena en costas y agencias en derecho de la parte demandada.

2.2. Como fundamentos fácticos indicó que laboró en la “*finca Bella Fátima*” propiedad del demandado, la cual se encuentra ubicada en el corregimiento las Flores de Regino – Municipio de Santa Cruz de Lorica – Córdoba. De otra parte, señaló como extremo inicial de la relación laboral el 23 de marzo de 2018 y como extremo final el día 22 de enero de 2021.

Manifestó que desempeñaba actividades tales como “*aserrador, arreglo de cercas, oficios varios, entre otros*”, percibiendo una suma mensual de \$450.000.

Finalmente, informó que fue despedido sin justa causa sin que le fuera comunicado mediante preaviso la terminación del contrato de trabajo.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda, se obtuvo contestación por parte del demandado quien propuso como excepciones de fondo las denominadas: *prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y la genérica.*

Argumentó que el demandante no fue trabajador en los términos expuestos dado que no es el propietario del inmueble denominado “*finca Bella Fátima*”; y, que quien se encargaba de los trabajos correspondientes al establecimiento era el administrador del inmueble.

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

III. SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso ordinario laboral adelantado por MANUEL ENRIQUE NEGRETE GARCÍA a quien le impuso costas en dicha instancia.

Como fundamento se soportó en el artículo 23 del C.S.T., para indicar que la carga probatoria referente a la prestación personal del servicio recae en la parte demandante y que en el presente caso la única prueba atinente a demostrar tal situación fue el testimonio rendido por ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ, el cual carece de suficiencia en su dicho para acreditar la labor personal en comento.

Frente a las documentales, señaló que ninguna guarda relación con la actividad desarrollada para demostrar la existencia de la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, por lo que corresponde denegar las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

4.2. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la sala resolver los siguientes problemas jurídicos en el grado jurisdiccional de consulta: **(i)** Determinar si existió o no una relación laboral entre el actor MANUEL ENRIQUE NEGRETE GARCÍA y el demandado LUIS ALFREDO MILANÉS NIVIA, desde el 23 de marzo de 2018 y hasta el 22 de enero de 2021, y; **(ii)** en caso de salir avante lo anterior, determinar si es procedente el reconocimiento y pago de las demás pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda.

4.2.1. Del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que, como quiera la parte actora alega la existencia de un contrato de trabajo con el demandado LUIS ALFREDO MILANÉS NIVIA, es necesario traer a colación las normas que rigen la materia, contenidos en la obra laboral de carácter sustancial.

Así, el artículo 22 del C.S. del T. define dicho vínculo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”* Añade la disposición que: *“Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”*

A su vez, el artículo 23 ídem determina los elementos del contrato de trabajo así:

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

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

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

Por su parte, el artículo 24 contempla una presunción legal a favor del trabajador al prever:

“Art. 24. Presunción: Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Acorde con lo anterior, bastará acreditar la prestación personal del servicio para aplicar la presunción contemplada en la norma en cita, carga probatoria que recae en el trabajador, y que una vez cumplida conlleva la inversión de la carga probatoria, correspondiéndole entonces al empleador desvirtuar los elementos del contrato de trabajo.

Sobre este tópico precisó la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 2080 del 27 de abril de 2022, Radicación N° 89403, MP Dr. Fernando Castillo Cadena:

“1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo

Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adoctrinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar

que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.”

En el caso de estudio, la parte actora no allegó al acervo probatorio documental mediante el cual se pudiera extraer o acreditar la existencia de la relación laboral. Ahora bien, aun cuando fue practicado el testimonio de ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ que fue solicitado por la parte demandante; lo cierto, tal y como lo advirtió el *a-quo* el mismo carece de suficiencia para acreditar la prestación personal del trabajador en favor del demandado.

Para el efecto, si bien el testigo en cuestión afirmó que laboró con el demandante en la “*finca Bella Fátima*”, la verdad es que manifestó que: **i)** únicamente trabajó para el demandado por un espacio de 06 meses, **ii)** sostuvo que el demandante ingresó a laborar en la anualidad de 2019, fecha que no coincide con la relatada por el actor en su escrito de demanda, **iii)** a la pregunta del porque sabía que la relación laboral se mantuvo vigente hasta el año 2021, señaló que observaba al actor todos los días pasar por el camino que da a la “*finca Bella Fátima*”; sin embargo, tal afirmación no da certeza de si el demandante ingresaba al sitio de trabajo o incluso si ejecutaba las labores que alega haber desarrollado en favor del demandado.

Adicionalmente, se deja constancia que los testimonios rendidos por JORGE LUIS PEÑA NEGRETE y EDUARDO VERTEL PLAZA tampoco se desprende la existencia de una prestación personal del servicio llevada a cabo por el demandante. Así las cosas, ante la orfandad probatoria en la demostración de la prestación personal del servicio por la parte accionante que permita la aplicación de la presunción de la existencia del vínculo contractual, de tal suerte que se pueda aplicar

inmediatamente la inversión de la carga de la prueba al empleador, no queda otro camino que confirmar el fallo consultado.

5.3. Costas

No hay lugar a condena en costas debido a que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

VI. 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 consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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°. 23-001-31-05-003-2021-00153-01 FOLIO 314-22

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el demandante FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 27 de julio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS MANUEL SERPA MACHADO contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del patrimonio FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. - “FONECA”.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el actor que se declare que tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca el 100% de la mesada 14 a partir del mes de junio de 2020. Como consecuencia, solicitó el pago del retroactivo y la indexación de las mesadas dejadas de pagar, la condena en costas y agencias en derecho y la aplicación de las facultades extra y ultra petita.

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

La empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. le otorgó la pensión de jubilación convencional a partir del 23 de diciembre de 2003.

Mediante Resolución SUB 110565 del 09 de mayo de 2019, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le fue reconocida la pensión de vejez, a partir del 20 de diciembre de 2017.

Ante la falta de pago de la mesada adicional por parte de la administradora de pensiones, elevó derecho de petición el 15 de julio de 2020, resuelto por la entidad, indicándole que no le asiste el derecho reclamado, comoquiera que el estatus de pensionado no fue adquirido entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011.

Consideró el actor que, al momento de compartir la pensión, la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. tenía la obligación de seguir pagando el mayor valor de la pensión, incluyendo el 100% de la mesada 14 en los términos en que lo venía haciendo desde el momento en que le reconoció la pensión convencional.

Finalmente, afirmó que presentó solicitud el día 25 de noviembre de 2020 ante la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. y la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA, quienes finalmente brindaron respuesta negativa a la solicitud el día 22 de febrero de 2021, bajo el radicado No. 20210040364621.

2.3. Contestación y trámite

Admitida y notificada en legal forma la demanda, el FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P., - FONECA, a través de su vocera la FIDUCIARIA

LA PREVISORA SA allegó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas *prescripción e improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios para pensiones de origen convencional*.

Como fundamento de su defensa, manifestó que la pensión reconocida por la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. fue otorgada a partir del 23 de diciembre de 2003, esto es, con posterioridad al 17 de octubre de 1985 cuando la ley ya había definido la figura de la compartibilidad. Explicó que el Acto Legislativo No. 01 de 2005 dispuso la eliminación de la mesada 14 para las personas que se pensionaran en vigencia de dicho acto legislativo, por lo que tal disposición no afecta la compartibilidad pensional, al encontrarse protegida por la figura de los derechos adquiridos.

Sin embargo, consideró que continuar pagando el 100% de la mesada 14 no tiene justificación en equidad, pues el reconocimiento pensional se realizó con la legítima esperanza de compartirla en el evento futuro previsto en la ley, incluso con antelación a la expedición de la reforma pensional.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia condenó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. - FONECA a pagar al demandante las mesadas adicionales dejadas de percibir desde el mes de junio de 2020 en adelante, junto con la indexación de las mismas. En razón a lo anterior, condenó en costas a la parte demandada en la suma de 01 SMMLV.

En su decisión, el *a-quo* señaló que el demandante cuenta con un derecho convencional concreto; igualmente, sostuvo que Colpensiones únicamente comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la

vigencia del Decreto 2879 de 1985, esto es, del 17 de octubre de dicha anualidad en adelante si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de invalidez, vejez y muerte, a menos que se acuerde que la prestación sea concurrente con el ISS.

Afirmó que según la jurisprudencia, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 no dispuso la eliminación de derechos pensionales adquiridos, por lo que ante una situación definida y/o consumada por una norma anterior, no puede afectar al actor; en consecuencia, consideró que el derecho pensional de la mesada 14 queda incólume a favor del accionante y a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. – FONECA.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación mostrando su inconformidad de la siguiente manera:

Indicó que el juzgado de instancia desconoció la figura de la compartibilidad entre las pensiones de naturaleza legal y extralegal. Al actor le fue otorgada la pensión en el mes de diciembre de 2003, esto es, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, (entrada en vigencia del Decreto 2879 de 1985), por lo que la eliminación de la mesada 14 por disposición constitucional afecta al sujeto para el cual estaba dirigida la reforma, es decir, al afiliado.

Consideró que continuar pagando el 100% de la mesada 14 no tiene sentido de equidad, pues el reconocimiento pensional se efectuó con la legítima esperanza de compartirla en el evento futuro previsto en la ley, incluso mucho antes de que se expidiera la reforma pensional.

Finalmente, indicó que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, los recursos provenientes de la nación únicamente pueden destinarse para garantizar el pago de pensiones de jubilación que hacen parte de los pasivos pensionales reconocidos por la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P., por lo que no pueden imponerse obligaciones más allá de las expresamente determinadas en la Ley.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, a través de apoderado judicial allegó escrito mediante el cual solicitó la confirmación de la sentencia emitida en primera instancia por encontrarse ajustada a derecho. Así mismo, solicitó condenar en costas al recurrente.

Afirmó que la parte demandada no demostró que la mesada adicional no era un derecho convencional adquirido desde mucho antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tal derecho al ser adquirido debe respetarse y protegerse.

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. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si el demandante tiene derecho a que la entidad

demandada le reconozca y pague el 100% de la mesada adicional indexada a partir del mes de junio de 2020.

Para desatar el problema jurídico, en primer lugar es necesario dejar sentado que no hay discusión en cuanto a que la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. le otorgó al demandante la pensión convencional de jubilación a partir del 23 de diciembre de 2003 y, hasta tanto, el ISS o la entidad que hiciera sus veces, le concediera la pensión por vejez, momento tras el cual solamente pagaría el mayor valor si lo hubiere. Así mismo, se evidencia que mediante la Resolución SUB 110565 del 09 de mayo de 2019 emitida por Colpensiones, le fue reconocida al actor la pensión de vejez desde el 20 de diciembre de 2017.

Finalmente, tampoco se encuentra en discusión que la empresa demandada negó al actor la solicitud de la mesada adicional mediante respuesta de fecha 22 de febrero de 2021.

6.4. De la mesada 14 y la compartibilidad pensional

Sea lo primero indicar, que se entiende por causación de la mesada 14 el reconocimiento pensional que de manera adicional se realiza en el mes de junio a todos los pensionados. No obstante, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, se estableció en el inciso 8° como primera regla que:

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”

Sin embargo, el Parágrafo transitorio 6° de la misma norma, denotó una salvedad para aquellos pensionados que reunieran las siguientes condiciones:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

En efecto, el sentido del Acto Legislativo 001 de 2005, fue la eliminación paulatina de la mesada 14, de manera progresiva hasta su extinción definitiva, por lo cual se configuraron tres diferentes escenarios en el tiempo:

1. Todos aquellos que lograron consolidar su derecho a la pensión cumpliendo con los requisitos de edad y tiempo antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.
2. El reconocimiento de la mesada 14 para aquellas personas que después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y hasta el 31 de julio de 2011 causen y perciban una pensión inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Todas aquellas personas que adquirieron el estatus de pensión después del 31 de julio de 2011, sin importar el monto pensional, no tienen derecho a recibir el pago y reconocimiento de la mesada 14.

Ahora bien, de otra parte, es menester hacer alusión a la figura de la compartibilidad pensional consagrada en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, como quiera que en el presente asunto, al actor le fue reconocida una pensión convencional, por lo que tal disposición reza:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o*

voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”

En esta materia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de radicado 31386 del 03 de abril de 2008, reiterada por la SL5315 de 2021, en los siguientes términos:

*“(…) Sobre el tema de la compartibilidad de las pensiones convencionales, extralegales o voluntarias con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, la jurisprudencia laboral tiene definido que, **a partir de la fecha de publicación del Decreto que aprobó el Acuerdo 029 de 1985**, los empleadores inscritos en el Instituto de Seguros Sociales que reconozcan a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación consagradas en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o de manera voluntaria, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento dicho Instituto, procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ente de seguridad social y la que venía siendo pagada por el empleador.*

Ninguna duda queda entonces de que la compartibilidad que instituyó esa disposición, que fue reiterada por el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, opera para las pensiones extralegales causadas desde la publicación del Decreto 2879 de 1985, que aprobó el mentado Acuerdo 029, es decir, desde el 17 de octubre de 1985, por cuanto así quedó estipulado con claridad en el artículo 5° de dicho acuerdo, siendo indiferente la fecha en que se haya suscrito la convención, pacto, acuerdo o laudo arbitral de donde emana el derecho pensional respectivo.”

De lo anterior, es claro para el presente asunto que al actor le fue reconocida la prestación económica de la pensión convencional de jubilación a partir del 23 de diciembre de 2003, esto es, en una fecha posterior al 17 de octubre de 1985, por lo que no existe duda alguna que para el *sub judice* es aplicable la figura de la compartibilidad pensional siendo cuenta del empleador, en este caso, la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. cubrir el pago del mayor valor de la pensión pagada por la administradora de pensiones y la reconocida por la entidad empleadora.

Así las cosas, de cara al asunto que convoca a esta Judicatura, es preciso señalar que si bien al actor le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante Resolución SUB 110565 del 09 de mayo de 2019, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005; lo cierto, es que en efecto le asiste razón al *a-quo* al considerar que el demandante cuenta con un derecho convencional adquirido, causado a partir del 23 de diciembre de 2003 por parte de la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P., esto es, antes de entrar en vigor el Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que no puede verse afectado el número de mesadas percibidas.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL7917-2015 se ha referido en materia de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales en los siguientes términos:

“Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce

mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. (...)

Tal situación, igualmente fue discutida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3834 de 2019, en un caso de similares contornos en el que se indicó:

“(...) en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.”

Bajo ese tenor, es preciso también citar la Sentencia SL4517 de 2020 reiterada por la SL3609 de 2022, en la que se señaló:

“Acorde con lo relatado en precedencia, se tiene que la pensión de jubilación de origen convencional concedida al demandante por parte del IDEMA y luego asumida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, nació a la vida jurídica desde diciembre de 1991, es decir, mucho antes de entrar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual, cuando el ISS, hoy Colpensiones, reconoció la de vejez en 2009, compartiéndose esta con la que otorgó el empleador, no podía verse afectada en cuanto al número de mesadas.

Por tal razón, como el ISS concedió la prestación por vejez excluyendo la mesada de junio, en virtud de lo estatuido en el inciso 8º del Acto Legislativo 01/05, por ser esa pensión superior a tres SMLMV, quedaba a cargo de su antigua empleadora, cancelar dicha mesada adicional, pues se itera, aquella se otorgó mucho antes de la data en que entró en vigor la aludida preceptiva de orden constitucional.

Bajo este horizonte, resulta claro que la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en virtud de la compartibilidad pensional, de suerte que, de cara al inciso

1° del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.”

En virtud de tales presupuestos, encuentra esta Sala que más allá de los reparos esbozados por la entidad recurrente, la verdad es que sobre la materia la jurisprudencia ha reconocido la mesada 14 como parte del mayor valor que deben reconocer las entidades en virtud de la figura de la compartibilidad pensional, por lo que en el presente asunto tal prestación económica debe entonces ser asumida por la entidad empleadora, en este caso, la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. - “FONECA”.

Conforme con lo expuesto, se observa que no han de prosperar los reparos realizados por la parte recurrente; y en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada por el *a-quo* por las razones expuestas en esta providencia.

6.5. Costas

Atendiendo las resultas del recurso y la réplica de la parte demandante en esta instancia, se impondrán costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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 un y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en un (1) SMMLV que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUIS MANUEL SERPA MACHADO** contra la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA** como **vocera y administradora del FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL Y PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA E.S.P. - “FONECA”**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Agencias en derecho en la suma de un (1) SMLMV.

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

**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° 23-001-31-05-005-2022-00105-01 FOLIO 474-2022

MONTERÍA, DIECINUEVE (19) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRES (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PORVENIR S.S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el 23 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ LUIS PÉREZ ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora JOSÉ LUIS PÉREZ ROJAS, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se declare que el demandante ha tenido como única afiliación válida al régimen de prima media con prestación definida, asimismo, se ordene a PORVENIR trasladar los ahorros, rendimientos, efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, esta última lo reciba como afiliado al régimen de prima media con prestación definida así como los aportes sufragados

al régimen de ahorro individual. Por último, invoca que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-Labora en la Fiscalía General de la Nación desde el 11 de julio de 1992, devengando un salario de seis millones quinientos mil pesos (6.500.000). Tiene 59 años de edad y más de 30 años de servicio.

-Desde el inicio de su vida laboral, cotizó en el régimen de prima media, administrado por el ISSO, hoy Colpensiones. Posteriormente se trasladó al RAIS por intermedio de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

-Al momento de cambiar de régimen pensional, las entidades demandadas lo indujeron en error, toda vez que la asesoría por parte de la AFP fue insuficiente ya que la información que le suministro no fue completa y comprensible, pues no precisaron de los pros y contras del cambio de régimen pensional. No le suministraron información documentada que le indicara claramente la diferencia entre el monto de la pensión en el RPM y el RAIS.

-El traslado desmejoró significativamente sus derechos pensionales, puesto que, con las cotizaciones realizadas durante el tiempo laborado, el demandante hubiera superado considerablemente el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa mínima de remplazo en RPM. Dicha aclaración no fue suministrada por las AFP al momento de efectuar el traslado de régimen.

-El 26 de abril de 2022 solicitó el demandante ante Colpensiones el traslado de régimen pensional. Mediante comunicación de esa misma data Colpensiones rechazó la solicitud.

2.2 Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificadas en legal forma las accionadas, administradora de fondos y cesantías PORVENIR S.A. y administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES. Esta última se opuso a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de fondo:

COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de obligaciones reclamadas por faltar menos de diez 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, no tener la condición de afiliado a la administradora colombiana de pensiones, inoponibilidad por ser un tercero de buena fe, prescripción, innominada o genérica.*

Asimismo, mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2022, resolvió el A-quo vincular a la administradora de fondos pensionales Colfondos S.A. como litisconsorte necesario, puesto que, de las pruebas allegas por las partes, se avizora que el traslado de régimen se dio inicialmente hacia dicha entidad, motivo suficiente para que las resultados del proceso puedan afectarla positiva o negativamente. Por las razones expuestas notificó y dio traslado de 10 días a Colfondos para ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

A su turno, la entidad vinculada aceptó todas las pretensiones de la demanda y solicitó ser absuelta de la condena en costas.

La administradora de fondos y cesantías Porvenir, guardó silencio

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta providencia, el juzgado quinto laboral del circuito de Montería accedió a las pretensiones de la demanda. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media a régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS, con vigencia desde el 1 de agosto de 1994 a 30 de abril de 2000. Toda vez que la AFP, no acreditó haber brindado información clara y precisa acerca de las condiciones y consecuencias del traslado.

De igual forma, quedó expuesto en la práctica de pruebas que, si bien el demandante no se encontraba afiliado a Colpensiones, este pertenecía a la extinta Caja Nacional de Previsión CAJANAL, la cual hace parte del régimen de prima media, como ha quedado establecido en el artículo 52 de la ley 100 de 1993.

Destaca el fallador de primera instancia que la *ineficacia* tiene como consecuencia la inexistencia del acto jurídico, surte efectos ex-tunc. Dicho esto, los traslados efectuados por

el demandante dentro del RAIS, de Colfondos a Porvenir con vigencia del 1 de mayo de 2000 al 31 de mayo de la misma anualidad. Luego de Porvenir S.A. a Horizonte con vigencia de 1 de junio de 2000 a 31 de diciembre de 2013 y finalmente la absorción realizada por Porvenir S.A. a la AFP extinta Horizonte por fusión, desde el 1 de enero de 2014 hasta la fecha, no gozan de validez jurídica alguna. Por lo expuesto, el *A Quo* resolvió ordenar a Colfondos y Porvenir S.A. devolver los aportes realizados por el actor desde el 1 de agosto de 1994 hasta la actualidad, en el régimen de ahorro individual solidario, así como los gastos administrativos, rendimientos financieros y todos los emolumentos, al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Finalmente se ordenó a la AFP Colpensiones tener como afiliado al señor José Luis Pérez Rojas y darles validez a los aportes en mención. Condenar en costas a las partes demandadas Colpensiones y porvenir y declarar no probadas las excepciones propuestas por las mismas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Apelación de COLPENSIONES

La entidad manifiesta inconformidad con la declaratoria de ineficacia del traslado del señor José Luis Pérez, cimentada en el argumento que, el demandante firmó un acuerdo de voluntades libremente, el cual solo tiene efectos para las partes que en el intervinieron, quienes serían la AFP Colfondos y el demandante. Por lo expuesto arguye que Colpensiones es un tercero, ajeno al acto jurídico génesis de esta sentencia, y en consecuencia se constituye una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así las cosas, la administradora colombiana de pensiones, no debería asumir las consecuencias jurídicas deprecadas de la decisión de primera instancia, por lo cual pretende la revocatoria la sentencia y absolución de Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a las costas, Colpensiones actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de la buena fe.

Apelación de PORVENIR

Presenta inconformidad respecto a la indexación de los emolumentos que debe retornar Porvenir, toda vez que, al ordenarse la devolución de los rendimientos financieros, se incluyen frutos e intereses, por lo tanto, se estaría compensando cualquier depreciación que haya tenido el poder adquisitivo de la moneda en los últimos años. Así las cosas, la AFP

pretende se revoque parcialmente la sentencia en lo referente a la indexación de emolumentos a retornar.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada y además planteó que el demandante, José Luis Pérez Rojas no registra vinculación de ninguna data en la base de datos de la administradora.

Asimismo, trajo a colación el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra el principio de libre escogencia de régimen pensional, y establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Aunado a lo interior indicó que la decisión de primera instancia, transgrede el principio de sostenibilidad financiera del sistema, reiterado en jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual reza: *ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen De Prima Media con Prestación Definida.*

En cuanto a la condena en costas, la AFP se opone a la misma, manifestando que actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe y sumado a ello dentro del proceso no se evidencia la acreditación de las mismas.

ALEGATOS DEMANDANTE

Solicita sea resuelto el problema jurídico a favor del señor José Luis Pérez Rojas, toda vez que, el traslado de régimen perjudicó su expectativa pensional al hacerse de manera errónea, omitiendo el deber del buen consejo y de brindar la información precisa y clara respecto a las condiciones y consecuencias mayúsculas de dicho acto para el demandante. En consecuencia, no se puede hablar de una afiliación libre y espontánea y como sustento de lo expuesto, citó a la corte suprema de justicia. Sala de Casación Laboral M.P. Eduardo López Villegas. Sentencia del 9 de septiembre de 2008. Expediente 31989

VI. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

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

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 de 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.

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.”*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe

estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente, es menester traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el

cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

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 al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL 869 del 15 de marzo de 2022, radicado

84661, con ponencia de la magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde señaló:

“Como se precisó, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las AFP brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Por tal razón, si la parte actora manifiesta que no le fue brindada la información necesaria para adoptar tal determinación de traslado, no le corresponde demostrar esta afirmación, pues se trata de un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de su afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

Así, si a la administradora se le endilga el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, es a ésta a quien le incumbe demostrar que sí atendió tales obligaciones, más cuando se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten. Al respecto, en decisión CSJ SL1688-2019 reiterada en CSJ 4803-2021 se indicó:

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.»

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que el señor JOSÉ LUIS PÉREZ ROJAS 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, con efectividad a partir del primero (01) de agosto de 1994, de Colfondos a Porvenir con vigencia del 1 de mayo de 2000 al 31 de mayo de la misma anualidad. Luego de Porvenir S.A. a Horizonte con vigencia de 1 de junio de 2000 a 31 de diciembre de 2013 y finalmente la absorción realizada por Porvenir S.A. a la AFP extinta Horizonte por fusión, desde el 1 de enero de 2014 hasta la actualidad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS S.A. demostrar que al momento del traslado del actor, le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), carga probatoria que no cumplió en el caso estudiado, por tanto, ha de concluirse que la AFP COLFONDOS 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 y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte demandante no registra vinculación al RPM, por no haber estado afiliado a Colpensiones. Cabe resaltar que el demandante, pertenecía inicialmente a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, entidad que hace parte del régimen de prima media acorde con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL2696-2022, MP Dra. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que

fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).”

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 expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por omisión del deber de información por parte de Colfondos, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliado a la administradora COLPENSIONES por ser la que administra el mismo.

Corolario, la parte accionada aduce la ratificación de la voluntad del actor, de permanecer en el RAIS al efectuar traslados entre AFP de dicho régimen. Al respecto se manifestó la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en sentencia SL2168-2022, Radicación N° 87878 MP. Martín Emilio Beltrán Quintero:

Así se dijo, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la cual fue reiterada recientemente en la decisión CSJ SL1019-2022:

Se sigue de lo anterior que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, como erradamente parece haberlo entendido el Tribunal y, mucho menos, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), ni la aceptación en el interrogatorio de parte de la demandante de tal hecho, la suscripción de ese preimpreso, remueve la obligación que le asistía a las AFP de cumplir con el requisito de brindar la debida información y de probarlo en el proceso.

Tampoco tiene incidencia, en principio, el hecho de que la recurrente haya seleccionado una segunda administradora del Régimen de Ahorro Individual en el año 2013 (CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, entre otras), porque si se decreta el acaecimiento de la ineficacia, esa declaratoria afectaría a todas las administradoras que se hayan sucedido desde la inicial a la cual se hizo el traslado, por cuanto la aspiración en el fondo entraña que se entienda que el afiliado permaneció en el Régimen de Prima Media, es decir, que, para todos los efectos, nunca lo abandonó.

En tales condiciones, erró el Tribunal al considerar que los traslados posteriores constituían una ratificación del consentimiento informado del promotor del proceso, pues lo cierto es que al no estar demostrado que las AFP convocadas a juicio brindaron una información clara, idónea y suficiente al afiliado al momento de vincularlo, estas actuaciones posteriores no desdibujan la omisión que sucedió desde el traslado primigenio al RAIS por parte del demandante a Porvenir S.A. en el año 1995.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que el demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a las AFP COLFONDOS y PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

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

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

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

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

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

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir

con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

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

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

Conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en tal sentido.

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

6.6. COSTAS

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 y PORVENIR, aún más si tomamos en consideración que se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones cuyo resultado les fue desfavorable, así como el recurso de alzada igualmente les fue adverso, lo cual es suficiente fundamento para imponer condena en costas de esa instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la apelante COLPENSIONES y PORVENIR S.A, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV, conforme a lo motivado.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



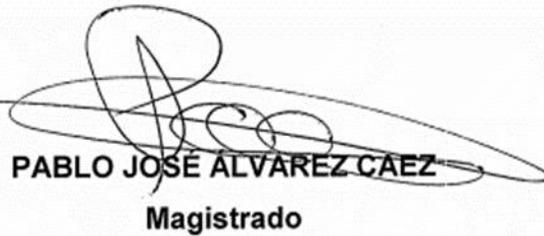
RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ

Magistrado