



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 107-2023**

**Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00137-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 28 de febrero de 2.023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MÁXIMA DEL SOCORRO NÚÑEZ BRAVO contra la recurrente y beneficiaria de la consulta.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

La actora pretende la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue otorgada por COLPENSIONES, mediante Resolución N° GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013.

Como fundamento fáctico esencial, adujo que la liquidación de la indemnización sustitutiva por COLPENSIONES, no tuvo en cuenta todas las cotizaciones efectuadas por la actora.

### **2. Trámite y contestación de la demanda**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES la contestó, oponiéndose a las pretensiones. Formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron en forma concentrada, recaudándose sólo pruebas documentales.

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

A través de esta el A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al estimar, en síntesis, que la

reliquidación correcta de la indemnización sustitutiva acorde con todo lo cotizado por la actora, pero descontando lo subsidiado por el Fondo de Solidaridad Pensional, asciende a la suma de \$16.122.018,14.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Al sustentar la apelación el apoderado de COLPENSIONES, expuso, en muy apretada síntesis, que con la Resolución N° GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013, liquidó la indemnización sustitutiva conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001; y, que la actora contra dicha resolución no interpuso recurso alguno, por ende, la misma quedó en firme.

#### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los voceros judiciales de las partes presentaron sus alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en cuanto tengan para decidir la apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

##### **1. Presupuestos procesales**

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

## **2. Problema jurídico a resolver**

Teniendo las inconformidades plateadas en los recursos de apelación, y que también ha de desatarse el grado de consulta, pues la sentencia fue adversa a la Nación y, además, a una entidad para la cual la Nación es garante, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que le fue otorgada por COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013, para lo cual ha de establecerse **(ii)** si la actora, al no interponer recursos contra la mentada resolución, no le era dable demandar la referida reliquidación; **(iii)** el monto correcto de dicha indemnización sustitutiva; **(iv)** las excepciones de fondo de la beneficiaria de la consulta; y, **(v)** si a al ente demandado le incumbe el pago de las costas del proceso a la demandante.

**3. La ausencia de recursos contra la resolución que liquidó la indemnización sustitutiva no impide demandar la reliquidación de la misma.**

3.1. Como se dijo al historiar el litigio, la actora reclamó a COLPENSIONES la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y dicha entidad, mediante Resolución N° GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013, reconoció y reliquidó la referida indemnización en la suma de \$2.179.784,00.

3.2. Como la convocante no interpuso, en sede administrativa, recurso alguno contra la anterior resolución, aduce el apoderado de COLPENSIONES que ese acto administrativo quedó en firme, y, por ende, no le es dable a aquélla reclamar un monto de indemnización sustitutiva distinto al establecido en dicha decisión administrativa.

3.3. Pues bien, con respecto a lo anterior, no le asiste razón al vocero judicial de la demandada, porque en materia procesal laboral, lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral (**CSJ Sentencias SL2699-2018, SL13128-2014, SL, 11 Feb. 2011, Rad. 43665; y, SL, 14 Sep 2010, Rad. 44736**), sólo se impone para acceder a la jurisdicción ordinaria laboral, efectuar la reclamación administrativa, más no agotar la vía gubernativa con los recursos contra las decisiones administrativas, lo cual es de exigencia para la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ejemplo, en la Sentencia **SL13128-2014**, el órgano de cierre de esta jurisdicción expresó:

El agotamiento de la vía gubernativa, entonces, es una figura del derecho administrativo, mientras que la reclamación administrativa es propia del derecho del trabajo y de la seguridad social. En este sentido se ha pronunciado esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 14 Sep 2010, Rad. 44736, cuando dijo:

*Pero que el cargo pueda estudiarse no significa que tenga vocación de prosperidad, porque el argumento jurídico que*

*trae a la palestra la impugnación no es atendible por la Corte, pues la circunstancia de que respecto de una resolución que concede una pensión no se interpongan los recursos de ley en modo alguno impide que se instaure un proceso laboral en contra de lo dispuesto en ese acto jurídico, pues esa es una exigencia que no se halla consagrada en las normas que gobiernan los ritos procesales del trabajo y de la seguridad social y tampoco es dable entender que la ausencia de impugnación equivalga a conformidad con el contenido del acto respectivo.*

*Las previsiones del Código Contencioso Administrativo, contenidas en sus artículos 62 y 85, no tienen cabida en materia laboral y de seguridad social, porque el único requisito actualmente vigente para cuando se demanda a una entidad pública es el del agotamiento de la reclamación administrativa, establecida en el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no exige necesariamente de la interposición de recursos y que, con todo, en este asunto fue cumplido.*

*Importa anotar que la naturaleza de las relaciones que surgen de un contrato de trabajo entre un trabajador oficial o un pensionado y una entidad pública no pueden considerarse gobernadas por las normas del Código Contencioso Administrativo, así algunos de los actos jurídicos emitidos por la entidad empleadora formalmente puedan ser considerados como actos administrativos, porque la entidad pública en ese caso actúa como empleador, esto es, parte de un contrato y no en cumplimiento de funciones*

*administrativas que ameriten la aplicación de las normas que echa de menos la impugnación, como lo ha explicado la jurisprudencia de esta Sala.*

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial debe concluirse que en este caso el demandante no debía haber interpuesto los recursos de reposición y de apelación contra el acto administrativo por el cual le fue negada la pensión de vejez deprecada, por lo que los errores de hecho que el censor le endilga al Tribunal carecen de trascendencia en la decisión impugnada”.

3.4. Así que, el reparo de la apelación relativo a que la actora no tiene derecho a reclamar un monto de la indemnización sustitutiva distinto al establecido en la Resolución N° GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013, por no haber interpuesto recursos contra la misma, no es de recibo.

#### **4. El monto correcto de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho la actora**

4.1. COLPENSIONES, como se dijo, mediante Resolución N° GNR 013477 del 21 de febrero de 2.013 liquidó la indemnización sustitutiva en la suma de \$2.179.784,00. Posteriormente, a través de la Resolución SUB 106852 del 7 de mayo de 2021, le reconoció a la actora una suma adicional de \$22.667,00.

4.2. A su turno, el A quo, a través de la sentencia apelada y consultada, liquidó la indemnización sustitutiva en comentario en la suma de \$16.122.018,14.

4.3. La manera de liquidar la mentada indemnización está prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual aparece reglamentado en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, y, al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en las sentencias **SL, 15 mayo 2006, Rad. 26330 y SL1308-2021**, explicó el procedimiento para calcular el monto de la misma.

4.4. Pues bien, siguiendo los derroteros establecidos en la normatividad y jurisprudencia antes señaladas, y, al tomar en cuenta todas las cotizaciones de la parte demandante, pero no los subsidios que efectuó el Fondo de Solidaridad Pensional, porque estos deben ser devueltos por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva (Vid. Decreto 3771 de 2007, art. 27-2°), y, en efecto, fueron devueltos por COLPENSIONES, se extrae el resultado como monto de dicha indemnización la suma indexada a febrero de 2023 de: \$14.558.777,00, la cual es inferior a la establecida por el A quo en la sentencia apelada (\$16.122.018,14,00), pero superior a la reconocida por la demandada, razón por la cual la parte actora sí tiene derecho a la reliquidación de la mentada indemnización, pero en el quantum deducido aquí por la Sala, y, por consiguiente, se ha de efectuar la modificación pertinente de la sentencia de primera instancia.

Las siguientes tablas explicativas dan cuenta de la anterior reliquidación:

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
1997	Abril	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Mayo	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Junio	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Julio	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Agosto	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	968,635
1997	Septiembre	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Octubre	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Noviembre	30	172,005	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	817,413
1997	Diciembre	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	26.52	126.03	968,630
1998	Enero	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,076
1998	Febrero	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Marzo	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,076
1998	Abril	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,076
1998	Mayo	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Junio	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Julio	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,076
1998	Agosto	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Septiembre	30	203,826	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,076
1998	Octubre	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Noviembre	30	203,825	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	823,072
1998	Diciembre	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	31.21	126.03	954,856
1999	Enero	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Febrero	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Marzo	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Agosto	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Septiembre	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Octubre	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Noviembre	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
1999	Diciembre	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	36.42	126.03	818,261
2000	Enero	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	748,958

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2000	Febrero	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	748,958
2000	Marzo	30	236,460	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	748,958
2000	Abril	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Mayo	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Junio	30	260,106	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,854
2000	Julio	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Agosto	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Septiembre	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Octubre	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Noviembre	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2000	Diciembre	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	39.79	126.03	823,835
2001	Enero	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	757,578
2001	Febrero	30	260,100	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	757,578
2001	Marzo	30	286,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	833,015
2001	Abril	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Mayo	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Junio	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Julio	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Agosto	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Septiembre	30	286,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	833,015
2001	Octubre	30	286,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	833,015
2001	Noviembre	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2001	Diciembre	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	43.27	126.03	168,933
2002	Enero	30	58,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	156,929
2002	Febrero	30	286,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	773,821
2002	Abril	30	286,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	773,821
2002	Mayo	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Junio	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Julio	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Agosto	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Septiembre	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Octubre	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Noviembre	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051
2002	Diciembre	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	46.58	126.03	836,051

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2003	Enero	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	781,523
2003	Febrero	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	781,523
2003	Marzo	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	781,523
2003	Abril	30	309,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	781,523
2003	Mayo	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Junio	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Julio	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Agosto	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Septiembre	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Octubre	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Noviembre	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2003	Diciembre	30	332,000	4.29	13.50%	2.7%	0.11571429	49.83	126.03	839,694
2004	Enero	30	332,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	788,430
2004	Febrero	30	332,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	788,430
2004	Marzo	30	332,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	788,430
2004	Abril	30	332,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	788,430
2004	Mayo	30	332,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	788,430
2004	Junio	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Julio	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Agosto	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Septiembre	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Octubre	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Noviembre	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2004	Diciembre	30	358,000	4.29	14.50%	2.9%	0.12428571	53.07	126.03	850,174
2005	Enero	30	358,000	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	805,836
2005	Febrero	30	358,000	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	805,836
2005	Marzo	30	358,000	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	805,836
2005	Abril	30	358,000	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	805,836
2005	Mayo	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2005	Junio	30	358,000	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	805,836
2005	Julio	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2005	Agosto	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2005	Septiembre	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2005	Octubre	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2005	Noviembre	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2005	Diciembre	30	381,500	4.29	15.00%	3.0%	0.12857143	55.99	126.03	858,733
2006	Enero	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Febrero	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Marzo	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Abril	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Mayo	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Junio	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Julio	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	875,984
2006	Agosto	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	875,984
2006	Septiembre	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2006	Octubre	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	875,984
2006	Noviembre	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	875,984
2006	Diciembre	30	381,500	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	58.7	126.03	819,088
2007	Enero	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	838,419
2007	Febrero	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	838,419
2007	Marzo	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	838,419
2007	Abril	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	838,419
2007	Mayo	30	408,000	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	838,419
2007	Junio	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Julio	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Agosto	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Septiembre	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Octubre	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Noviembre	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2007	Diciembre	30	433,700	4.29	15.50%	3.1%	0.13285714	61.33	126.03	891,231
2008	Enero	30	433,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	843,246
2008	Febrero	30	433,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	843,246
2008	Marzo	30	433,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	843,246
2008	Abril	30	433,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	843,246
2008	Mayo	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Junio	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Julio	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Agosto	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Períodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2008	Septiembre	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Octubre	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Noviembre	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2008	Diciembre	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	64.82	126.03	897,298
2009	Enero	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	833,279
2009	Febrero	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	833,279
2009	Marzo	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	833,279
2009	Abril	30	461,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	833,279
2009	Mayo	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Junio	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Julio	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Agosto	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Septiembre	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Octubre	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Noviembre	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2009	Diciembre	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	69.8	126.03	897,196
2010	Enero	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	879,555
2010	Febrero	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	879,555
2010	Marzo	30	496,900	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	879,555
2010	Abril	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Mayo	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Junio	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Julio	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Agosto	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Septiembre	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Octubre	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Noviembre	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2010	Diciembre	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	71.2	126.03	911,593
2011	Enero	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	883,668
2011	Febrero	30	515,000	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	883,668
2011	Marzo	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Abril	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Mayo	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Junio	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2011	Julio	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Agosto	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Septiembre	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Octubre	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Noviembre	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2011	Diciembre	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	73.45	126.03	919,015
2012	Enero	30	535,600	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	885,965
2012	Febrero	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Marzo	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Abril	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Mayo	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Junio	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Julio	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Agosto	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Septiembre	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Octubre	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Noviembre	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2012	Diciembre	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	76.19	126.03	937,409
2013	Enero	30	566,700	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	78.05	126.03	915,070
2013	Marzo	30	589,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	78.05	126.03	951,886
2013	Abril	30	589,500	4.29	16.00%	3.2%	0.13714286	78.05	126.03	951,886
2014	Febrero	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Marzo	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Abril	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Mayo	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Junio	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Julio	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Agosto	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Septiembre	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Octubre	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Noviembre	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2014	Diciembre	30	616,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	79.56	126.03	975,798
2015	Enero	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Febrero	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2015	Marzo	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Abril	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Mayo	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Junio	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Julio	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Agosto	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Septiembre	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Octubre	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Noviembre	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2015	Diciembre	30	644,350	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	82.47	126.03	984,691
2016	Febrero	27	598,000	3.86	16.00%	16.0%	0.61714286	88.05	126.03	855,945
2016	Marzo	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Abril	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Mayo	1	23,000	0.14	16.00%	16.0%	0.02285714	88.05	126.03	32,921
2016	Junio	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Julio	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Agosto	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Septiembre	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Octubre	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2016	Noviembre	27	621,000	3.86	16.00%	16.0%	0.61714286	88.05	126.03	888,866
2016	Diciembre	30	689,455	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	88.05	126.03	986,849
2017	Enero	30	738,000	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,928
2017	Febrero	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Marzo	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Abril	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Mayo	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Junio	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Julio	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Agosto	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Septiembre	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Octubre	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Noviembre	30	737,717	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	998,544
2017	Diciembre	30	762,309	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	93.11	126.03	1,031,831
2018	Enero	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889

Rad. 23-001-31-05-004-2021-00137-01. Folio 107-2023.

Año	Período	Días cot.	I.B.C reportado	Semanas	Tasa de cotización	Tasa de cotización (Periodos subsidiados 1997-2013)	Promedio por semana cotizada	Índice inicial dic año anterior	Índice final dic-2022	I.B.C. actualizado
2018	Febrero	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Marzo	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Abril	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Mayo	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Junio	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Julio	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Agosto	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Septiembre	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Octubre	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Noviembre	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2018	Diciembre	30	781,242	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	96.92	126.03	1,015,889
2019	Enero	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Febrero	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Marzo	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Abril	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Mayo	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Junio	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Julio	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Agosto	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2019	Septiembre	30	828,116	4.29	16.00%	16.0%	0.68571429	100	126.03	1,043,675
2020	Diciembre	13	380,382	1.86	16.00%	16.0%	0.29714286	103.8	126.03	461,845
<b>TOTAL</b>		7598		1085.43		6.37%	69.0971429			220,892,919

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	
Salarios devengados (Indexados)	220,892,919
Total días de aportes	7,598.00
No. Semanas cotizadas (1 semana=7días)	1,085.43
tasa de cotización-promedio	6.37%
salario base semanal	203,507.29
Indemnización sustitutiva	14,070,879

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA INDEXADA A FEBRERO DE 2023			
Capital	Índice Inicial Dic 2012	índice Final Febrero de 2023	Valor Indexado
14,070,879	126.03	130.40	14,558,777

## **5. Las excepciones de fondo propuestas por Coplensiones**

Como se dijo al historiar lo actuado, COLPENSIONES formuló las excepciones de *Inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe*.

### **5.1. Respecto a la excepción de prescripción**

5.1.1. De acuerdo a la jurisprudencia constitucional (**Vid. Sentencias T-703-17, T-170-2017 y T-155-2018**), el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no prescribe; pero una vez que esta ha sido reconocida, el derecho a la reliquidación de su monto prescribe a partir de los tres (3) años a desde cuando aquélla fue liquidada. A su turno, la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral ha señalado que la mentada indemnización prescribe desde cuando el afiliado declara su imposibilidad de seguir cotizando (**Vid. CSJ Sentencias STL20644-2017, STL15837-2022 y SL1786-2019**).

5.1.2. Lo anterior conduciría a pensar que, a la actora le prescribió el derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva, habida cuenta que, desde cuando le fue reconocida por COLPENSIONES el 21 de febrero de 2013 mediante la Resolución N° GNR 013477 y hasta cuando pidió el 6 de enero

de 2.021 la referida reliquidación, pasó más de los tres (3) años requeridos para que se estructure el fenómeno extintivo en comentario (CST, art. 488 y CPTSS, art. 151).

5.1.3. No obstante, en el caso, cabe predicar que COLPENSIONES renunció a la prescripción en mención, porque, a pesar de haberse estructurado la misma, vino reliquidar la indemnización sustitutiva el 7 de mayo de 2021, mediante la Resolución SUB 106852 de esa misma fecha y año, y, desde esa última calenda hasta la actualidad, es claro que no han pasado tres (3) años.

5.1.4. Es que, recuérdese, una cosa es la interrupción de la prescripción que opera una sola vez y siempre que no se haya agotado el término trienal de la prescripción; y, otra cosa muy a distinta es la renuncia de la prescripción por parte del deudor, la cual acontece después de haberse estructurado dicha prescripción (**Vid. CSJ Sentencia SL5059-2019**), y la cual no aparece regulada en la legislación laboral, sino en el artículo 2514 del CC, el cual resulta aplicable en materia laboral (**Vid. CSJ Sentencia SL1477-2019**). Y, en el caso, como se dijo, a pesar de estar prescrito el derecho de la actora a pedir la reliquidación de la indemnización sustitutiva, COLPENSIONES, en vez de negar ese derecho por prescripción, lo que vino hacer fue reliquidar dicha indemnización, por lo que le surge el derecho a la actora de cuestionar esa reliquidación y, contar nuevamente con tres años, para pedir que la misma sea correctamente liquidada.

5.1.5. Deviene de lo dicho, que la excepción de prescripción no prospera.

## **5.2. Respecto de las demás excepciones de fondo**

5.2.1. En cuanto a las restantes excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, esto es, *Inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido y buena fe*, el examen que se ha efectuado a lo largo de la presente providencia sobre el derecho invocado, resulta suficiente para estimar no probadas todas las anteriores excepciones.

## **6. La condena en costas de la primera instancia**

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

## **7. Costas de esta segunda instancia**

Dado que hay lugar a efectuar, a favor de la apelante, una modificación a la sentencia apelada, no es dable imponer condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

## **8. Conclusión**

Lo expuesto se estima suficiente para modificar la sentencia apelada y consultada, a fin de establecer que el monto indexado de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la actora, a febrero del 2.023, asciende a la suma de \$14.558.777,00

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los **numerales tercero y cuarto** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que el monto a que tiene derecho MÁXIMA DEL SOCORRO NÚÑEZ BRAVO, por concepto de indemnización sustitutiva, indexado a febrero de 2.023, es la suma de \$14.558.777,00, y no la suma de \$16.122.018,14, sin perjuicio de la indexación que deba efectuarse para la fecha en que se produzca efectivamente el pago total de esa prestación.

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

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

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 107-2023.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00137-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA .....	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales .....	3
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. La ausencia de recursos contra la resolución que liquidó la indemnización sustitutiva no impide demandar la reliquidación de la misma .....	4
4. El monto correcto de la indemnización sustitutiva a que tiene derecho la actora .....	7
5. Las excepciones de fondo propuestas por Coplensiones .....	17
5.1. Respecto a la excepción de prescripción.....	17
5.2. Respecto de las demás excepciones de fondo .....	19
6. La condena en costas de la primera instancia.....	19
7. Costas de esta segunda instancia.....	19
8. Conclusión .....	20
VII. DECISIÓN .....	20
RESUELVE:.....	20
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	21



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado ponente

**FOLIO 109-2023**

**Rad. 23-182-31-89-001-2020-00054-02**

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de febrero de 2.023, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por MARIELA DEL CARMEN LÓPEZ POLO contra MANEXKA I.P.S.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

#### **1.1. Pretensiones**

Pretende la parte demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre la demandante

como trabajadora, y la demandada como empleadora, que cobró vigencia desde el 03 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2017, y, en consecuencia, se condene a la última a pagar a la primera, las prestaciones sociales, indemnizaciones y rubros reclamados con la demanda.

## **2. Hechos**

En síntesis, adujo la demandante que tuvo con la demandada una relación laboral en los extremos temporales arriba indicados, la cual terminó sin justa causa y durante la misma no se le pagó las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales señalados en la demanda.

## **2. Contestación de la demanda y trámite**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación, pago, buena fe, compensación y prescripción*.

2.2. Las audiencias de ley se surtieron y, en la de instrucción y juzgamiento del artículo 80, se practicó el interrogatorio a las partes y se recibió el testimonio de MARLETH MERCADO, solicitado por la parte demandante.

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

A través de esta el A quo declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada las demás, y, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar a la demandante \$268.600 por concepto de vacaciones, y negó las demás pretensiones de la demanda. En sustento, expuso que no fue un solo contrato de trabajo el que celebró la actora con la demandada, sino varios a término fijo y el último finalizó por la expiración del plazo pactado; y, que, como su finalización lo fue el 30 de marzo de 2.017, en tanto que la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2.020, las prestaciones reclamadas se encuentran prescritas, salvo las vacaciones del último año de la relación laboral.

### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante apela la sentencia señalando que no fueron varios los contratos de trabajo, sino uno sólo a término fijo y fue eso lo que se pidió en la demanda; que, a pesar de la suscripción de varios contratos, al juez le incumbe establecer que ello corresponda a la realidad y no haya sido para defraudar derechos laborales. En cuanto a la prescripción, adujo que la demanda no fue presentada el 14 de agosto de 2.020, sino realmente el 3 de agosto de 2.020, y, para tal efecto, con su apelación aportó como pruebas la captura de un mensaje o correo electrónico, para lo cual pidió al Tribunal que de forma oficiosa

decretara la admisión de esa prueba, porque están de por medio derechos fundamentales.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, se procede a desatar de fondo la segunda instancia y, además, la solicitud de la parte actora de prueba oficiosa.

### **2. No decreto oficioso de pruebas en esta segunda instancia**

2.1. El apoderado de la parte demandante, al sustentar la apelación ante el A-quo, aportó documentos con los que pretende acreditar que la demanda fue presentada el 3 de agosto, es decir, en fecha anterior a la que refleja el acta de reparto incorporada al expediente, esto es, el 11 de agosto de 2.020 (PDF. «03ActaReparto»).

2.2. En sustento de la petición probatoria, expone aquel vocero judicial que, al Tribunal le incumbe la facultad – deber de decretar pruebas de oficio, más cuando se trata de derechos laborales irrenunciables, a fin de establecer la verdad real.

2.4. Al respecto, dígase que, el inciso 1° del artículo 83 del CPTSS, empieza por establecer que «*Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia*». Y, precisamente, la prueba que pretende la parte actora que sea decretada en esta segunda instancia no fue pedida ni mucho menos decretada en la instancia inicial, lo que, entonces, luce improcedente la petición probatoria en comentario. Sobre el particular, la Honorable Sala de Casación Laboral expresó:

**“las partes no pueden pretender que, en la alzada, se practiquen pruebas que no fueron pedidas ni decretadas en primera instancia,** pues considerar lo contrario implicaría desconocer los presupuestos del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual:

(...) Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta (...).

Y es que para la Sala resulta evidente la improcedencia del amparo invocado, dado que el tutelante procura revivir etapas que se

encuentran legalmente precluidas so pretexto de haberse configurado unas irregularidades que, valga reiterar, no puso de presente en el plenario”.

2.5. Ahora, no escapa a la Sala que el decreto oficioso de pruebas es una facultad – deber, y, en esa medida, en determinadas situaciones le incumbe al juez de apelación ejercer dicha potestad en aras de esclarecer la verdad real y garantizar los derechos sustanciales; más también ha de tenerse presente que los derechos al debido proceso, defensa, contradicción e igualdad de las partes, también son derechos sustanciales, e incluso, fundamentales, por lo que en casos, como por ejemplo el presente, en donde se pretende acreditar en segunda instancia un hecho que no es sobreviniente y que no fue afirmado en la demanda, ni en la contestación de ésta, ni durante casi toda la primera instancia, sino que vino a revelarse sólo con la sustentación de la apelación, y, por ende, a sorprenderse con ello a la parte contraria, no es dable decretar pruebas de oficio para evidenciar ese referido hecho; pues ello no compagina con el principio de eventualidad, ni con los derechos atrás señalados.

2.6. Lo anterior es precisamente lo que aquí acontece, pues la parte actora hasta antes de la sustentación de la apelación de la sentencia inicial, jamás afirmó que la demanda había sido presentada antes de la fecha que refleja el acta de reparto (11 de agosto de 2.020), muy a pesar que, contra las pretensiones contenidas en ese libelo rector, la demandada formuló la

excepción de mérito de prescripción. Este hecho, que ahora se alega de forma sorpresiva, de ser cierto, no es ningún hecho sobreviniente, sino pasado, y el presunto mensaje electrónico, cuya captura extemporáneamente aportó el apoderado del extremo activo, tampoco luce como una prueba que no existía o no contaba con ella para cuando, según su dicho, debió, por segunda vez, presentar o enviar la demanda, por lo que ni siquiera cabe predicar una fuerza mayor o caso fortuito que le haya impedido aportarlo en las oportunidades legales para aportar y pedir pruebas.

2.7. Conforme a reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, las facultades oficiosas del juez en materia probatoria no han de emplearse para relevar a las partes de sus cargas probatorias (**Vid. CSJ Sentencias SL4062-2022, SL3332-2022, SL864-2022, SL374-2022, SL322-2022 y SL3320-2021**), mucho menos, como aquí acontece, cuando se trata de acreditar hechos afirmados de forma sorpresiva después de la sentencia de primera instancia, que, por demás, no corresponden a los de ocurrencia normal.

Por ejemplo, en la sentencia **SL872-2018**, reiterada, entre otras, en la **SL4062-2022, SL5090-2021, SL3817-2020, SL3739-2019, SL2890-2018** y muchas otras, la dijo la Honorable Sala de Casación Laboral:

“A lo dicho cabría agregar el que las pruebas oficiosas en los procesos del trabajo, a las que sin fortuna alguna a estas alturas del proceso pretende adherirse el recurrente, como en múltiples veces lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, es tema orientado a obtener el ‘*completo*’ esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso (artículo 54 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), o lo ‘*necesario*’ para resolver la apelación o la consulta (artículo 83 *ibidem*), pero, **en modo alguno, un mecanismo mediante el cual se pueda desplazar, reemplazar o relevar a las partes de la ‘*iniciativa probatoria*’** que conforme a las reglas de la carga de la prueba les competía de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), vigente para entonces, por ser incuestionable la vigencia de la regla probatoria del *onus probandi*, aun cuando con las atenuaciones que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia frente a casos particulares le han hecho, la cual, en términos generales, enseña que en el proceso **quien afirma poseer una nueva verdad, o una verdad distinta a la que debe tenerse por la de la normalidad de los hechos que ocurren en la vida y tienen trascendencia jurídica, corresponde probarla**”. Se destaca y se subraya.

2.8. Así que, la solicitud de prueba oficiosa, no se abre paso, y, por ende, ha de ser negada.

Pasa, entonces, la Sala ha ocuparse de la apelación contra la sentencia de primera instancia.

### **3. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en la apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si se ajustó a derecho la declaración de la prescripción parcial decretada por el A quo, para lo cual ha de establecerse la fecha en que se presentó la demanda; y, **(ii)** si en el caso resulta necesario establecer si la relación laboral consistió en un solo contrato de trabajo a término fijo o en varios de esa misma modalidad.

### **4. Respecto a la prescripción parcial declarada por el A quo**

4.1. El A quo declaró probada parcialmente la prescripción, al concluir que a relación laboral culminó el 31 de marzo de 2.017 y la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2.020, es decir, después de tres (3) años, sin que exista prueba de que antes se haya interrumpido aquel fenómeno extintivo.

4.2. Frente a lo anterior, el vocero judicial de la apelante protesta, arguyendo, en síntesis, que la demanda no fue presentada en la fecha que señala la respectiva acta de reparto que obra en el expediente, esto es, el 11 de agosto de 2.020 (no 20 de agosto como lo dijo el A quo), sino el 3 de agosto de ese mismo año, justamente la última fecha en la que podía presentar la demanda sin que operara la prescripción, por razón de la suspensión del término de esta por virtud de la Pandemia Covid-

19, acorde con lo previsto en el Decreto 564 de 2.020 y en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

4.3. Y, precisamente, a fin de acreditar que la demanda fue presentada el 3 de agosto de 2.020, es que aporta, con la sustentación de la apelación, la captura de un mensaje o correo electrónico, para lo cual pide al Tribunal su decreto o admisión como prueba de forma oficiosa.

4.4. Pues bien; como quedó puntualizado en el acápite 2° de la presente parte motiva de esta sentencia, no es dable el decreto oficioso de la referida prueba, por las razones allá expuestas. Esto lleva a concluir que el reparo de la apelación en torno a la prescripción parcial declarada por el A-quo, no prospera, habida cuenta que, ha de tomarse como fecha de presentación de la demanda, la señalada en la respectiva acta de reparto, esto es, el 11 de agosto de 2.020, calenda para la cual ya había transcurrido más de los tres años siguientes a la presentación de la demanda, porque, tal como lo afirma el propio vocero de la actora, ésta tenía hasta el 3 de agosto de 2.020 para evitar la prescripción en comentario, aun descontando la suspensión de la prescripción que, desde el 16 de marzo al 1° de julio de 2.020, estableció el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 564 del 2020, y restando también el mes adicional al

levantamiento de la referida suspensión que prevé el inciso 2° del artículo 1° del mentado Decreto.

4.5. Con todo, aun si se diera valor probatorio a la captura del mensaje o correo electrónico aportado por el apoderado de la demandante con la sustentación de la apelación, tampoco es dable dar por aceptado que la demanda introductoria del presente proceso, lo haya sido el 3 de agosto de 2.020.

4.6. Lo anterior, porque, en primer término, de la referida captura o screenshot, sólo se desprende que, en el correo más antiguo, que es del 10 de agosto de 2.020, la ex apoderada de la actora envió un mensaje afirmando adjuntar de forma separada una demanda ordinaria laboral de MARIELA LÓPEZ POLO y sus anexos, porque los encargados del área de reparto así lo estimaron necesario, y solicitando que se tenga como fecha de presentación de la demanda el 3 de julio.

Es decir, la captura en comentario no es la del supuesto correo del 3 de julio (o del 3 de agosto de 2.020 como se adujo en la sustentación de la apelación) con el que supuestamente se presentó por primera vez la demanda, sino de un correo posterior del 10 de agosto de 2.020.

4.6.2. En segundo término, los screenshots, capturas o pantallazos de un mensaje de datos, conforme a la sentencia **STC1633-2022** de la Honorable Sala de Casación Civil, son especies de fotografías, esto es, documentos representativos cuyo

valor probatorio se consolida en tanto exista un reconocimiento expreso o, incluso, implícito cuando no son tachados de falsos o desconocidos, según el caso. Similar criterio lo llegó a sostener la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela **STL13747-2018**; empero, al parecer, se trata de un precedente aislado, porque en contraste están, por ejemplo, las sentencias de casación **SL3210-2022**, **SL4313-2021**, **SL728-2021** y **SL1847-2018**, *en las que sentó su posición de que no procede la aceptación tácita de estos documentos por el solo hecho de no haber sido tachados de falsos o desconocidos.*

Con todo, en el caso, ni aun siguiendo el precedente de la Honorable Sala de Casación Civil, podría predicarse el reconocimiento de aquellas imágenes por parte de las demandadas, y, por ende, su eficacia probatoria, porque el apoderado de la demandada, al hacer uso de la palabra que le concedió el A-quo una vez que el apoderado de la actora culminó la sustentación de la apelación, en su intervención llegó a desconocer las capturas o documentos en comentario (*Vid. minutos 00:06:41 a 00:07:01, parte 2 del vídeo de la audiencia del art. 80 del CPTSS*).

A lo anterior se suma que, lo que se dice en el correo de la captura en comentario, de que se había remitida por primera vez la demanda el 3 de julio, son afirmaciones de la ex apoderada de la parte actora, que, por tanto, vienen hacer documentos que provienen de la propia parte que se pretende favorecer con el

contenido de su autoría, por ende, no tienen fuerza probatoria frente a la contraparte, *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (Vid. Sentencias **SL1101-2022**, **SL5047-2019**, **SL2539-2019** y **SL194-2019**, entre muchísimas otras).

4.6.3. Y, en tercer término, según las aludidas capturas, ni siquiera se observa que, en verdad, se hayan adjuntado la demanda y sus anexos, amen de que, según el epígrafe del asunto que trata el correo o mensaje, como también del resto del contenido, sólo se menciona como demandante a la aquí actora, y no se especifica quién es el o la demandada.

4.7. En fin, ni aún dándole valor probatorio a los documentos aportados intempestivamente por el apoderado de la actora, se logra demostrar que la demandada no fue presentada en la fecha del 11 de agosto de 2.020 que da cuenta la respectiva acta de reparto adosada al expediente (Vid. PDF. *«03ActaReparto»*), fecha para la cual se había estructurado la prescripción parcial declarada por el A-quo, lo cual se acepta implícitamente en la apelación, pues en la sustentación de ésta se afirma que el plazo para que no operara dicho fenómeno extintivo, vencía el 3 de agosto de 2.020.

4.8. No prospera, entonces, la réplica a la prescripción parcial declarada por el A-quo, muy a pesar de haber considerado

éste erróneamente que la fecha de presentación de la demanda, según el acta de reparto, lo fue el 14 de agosto de 2.020, cuando lo cierto es que, conforme a la misma, lo fue el 11 de ese mismo mes y año.

## **5. No necesidad de dilucidar si fueron varios o un solo contrato de trabajo a término**

5.1. El A-quo estimó que la relación laboral entre las partes estuvo conformada por varios y no por un contrato de trabajo a término fijo.

5.2. En contraste, el apoderado de la parte demandante refuta lo anterior, exponiendo que en la demanda se pidió la declaración de la existencia de un solo contrato a término fijo y que, a pesar de la suscripción de varios contratos, al juez le incumbe establecer que ello corresponda a la realidad y no haya sido para defraudar derechos laborales.

5.3. La discusión de lo anterior, *en el presente caso*, luce intrascendente, porque bien sea que se concluya que se trató de un sólo contrato a término fijo, o incluso, de un contrato a término indefinido (que no fue lo pedido con la demanda), y que su terminación fue unilateral y sin justa causa, lo cierto es que la indemnización por despido injusto, como todas los demás derechos pretendidos que fueron declarados prescritos con la sentencia recurrida, no dejan de estar prescritos, habida cuenta

que no hay discusión alguna en torno a que el vínculo laboral, cual fuera sea su modalidad contractual, culminó el 31 de marzo de 2.017, en tanto que la demanda, como se concluyera en el anterior acápite, fue presentada el 11 de agosto de 2.020, o sea después del término trienal de prescripción establecido en los artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

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

## **6. Las costas**

Como la alzada no prosperó y fue replicada por la parte demandada, hay lugar a condenar en costas a la parte demandante por el trámite de resta segunda instancia (Vid. CGP, art. 365-8°).

Las agencias en derecho atinentes a esta segunda instancia, se fijan en un (1) SMLMV (Vid. numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), pues el litigio en este nivel jurisdiccional, no fue de complejidad, ni hubo práctica de pruebas.

## VII. DECISIÓN

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

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

### **NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 109-2023 .....	1
Rad. 23-182-31-89-001-2020-00054-02 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. ANTECEDENTES .....	1
1. La demanda .....	1
1.1. Pretensiones .....	1
2. Hechos .....	2
2. Contestación de la demanda y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA .....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	4
VI. CONSIDERACIONES .....	4
1. Presupuestos procesales .....	4
2. No decreto oficioso de pruebas en esta segunda instancia .....	4
3. Problema jurídico .....	9
4. Respecto a la prescripción parcial declarada por el A quo .....	9
5. No necesidad de dilucidar si fueron varios o un solo contrato de trabajo a término ....	14
6. Las costas .....	15
VII. DECISIÓN .....	16
RESUELVE: .....	16
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE .....	16



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 114-2023**

**Radicado n°. 23-162-31-03-002-2018-00259-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 28 de enero de 2.020, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ MIGUEL COGOLLO SÁNCHEZ en contra de MIGUEL DIOMEDES PETRO ESPITIA.

## **II. ANTECEDENTES**

## **1. La demanda**

### **1.1. Pretensiones**

El demandante pide que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él como trabajador y el demandado como empleador, que cobró vigencia entre el 5 de enero de 2002 al 10 de febrero de 2.018; y, en consecuencia, se condene al último a pagar al primero, las prestaciones sociales, indemnizaciones, sanciones y demás rubros laborales señalados en la demanda.

### **1.2. Hechos**

En resumen de lo sustancial, se afirma que entre el demandante y el demandado existió el contrato de trabajo en los extremos temporales arriba señalados, por el cual el primero prestó sus servicios personales de oficios varios y que la relación laboral que fue culminada unilateralmente por el empleador, sin pagar los rubros deprecados con la demanda.

## **2. Trámite y contestación de la demanda**

2.1. Admitida y notificada en legal forma la parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *carencia del derecho*

*demandado, cobro de lo no debido, prescripción, carencia de legitimación activa, temeridad, mala fe y abuso del derecho.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se practicó el interrogatorio al demandado y se recibieron los testimonios de FRANCISCO MIGUEL RAMOS DORIA y ADALBERTO HERNÁNDEZ QUINTERO, solicitados por la parte demandada.

### **III. LA SENTENCIA CONSULTADA**

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar la ausencia de prueba de la relación laboral invocada con la demanda.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **1. Presupuestos procesales**

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

## **2. Problema jurídico a resolver**

Le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si se acreditó entre las partes la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales; de ser así, **(ii)** se estudiará la procedencia y liquidación de las prestaciones, indemnizaciones, sanciones y demás rubros laborales reclamados con la demanda.

Para esclarecer los anteriores cuestionamientos, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

## **3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo**

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

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales,

prestacionales e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (Vid. sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890).

### **3. Ausencia de prueba de la relación laboral**

3.1. En el caso, si bien en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, el a-quo, ante la ausencia a la misma del demandado, declaró la confesión ficta de algunos hechos de la demanda, también es cierto que esa misma declaración impuso en cuanto a los hechos de la contestación de la demanda y excepciones de mérito, por no concurrir el demandante a la audiencia del artículo 80 ibidem, a absolver el interrogatorio de parte que solicitó el extremo pasivo; y, entre tales hechos que se presumieron ciertos, están los relacionados a la inexistencia de la relación laboral, porque los servicios prestados no fueron bajo subordinación, ni en los extremos temporales invocados.

3.2. Así que, por lo anterior, la confesión ficta en contra del demandado no viene hacer suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que, como se dijo, también en contra del demandante pesa igual confesión con respecto a los hechos de los numerales 1° a 10 de la contestación de la demanda, los cuales excluyen la relación laboral y sus extremos temporales.

3.3. Además, la Honorable Sala de Casación Laboral tiene señalado que la confesión ficta admite prueba en contrario (Vid. CSJ Sentencias SL080-2023 y SL4311-2022). Por ejemplo, en la aludida sentencia SL080-2023, expresó:

“Por último y para dar respuesta al insistente argumento sobre la inobservancia de la confesión ficta o presunta, derivada de la inasistencia de las demandadas a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala debe hacer dos precisiones: *(i)* para su validez se requiere de la declaración del juez, en la que se exprese adecuadamente y en forma concreta sobre cuáles hechos recaerá dicha confesión y, *(ii)* que la **confesión ficta prevista en esa norma es una presunción legal que admite prueba en contrario**”. Se destaca.

Y, en el caso, la confesión en comentario del demandado fue infirmada con los testimonios FRANCISCO MIGUEL RAMOS DORIA y ADALBERTO HERNÁNDEZ QUINTERO, quienes dieron fe de hechos claros que excluyen la relación laboral entre las partes, como lo fue la ausencia de subordinación y que el actor prestó sus servicios simultáneamente a diferentes personas, entre otras, al primer testigo mencionado.

Recuérdese que, si bien si bien el artículo 26 del CST permite la coexistencia de contrato de trabajo con dos o más empleadores, también lo es que, al respecto, la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral tiene sentado que, *«las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u*

*oportunidad*», pues de lo contrario desaparece automáticamente el elemento subordinación (Vid. CSJ Sentencia SL, 29 may. 2012, rad. 40079, reiterada en la SL2027-2022 y en la SL, 13 marzo 2013, rad. 39874, entre muchas otras).

3.3. Entonces, como en aplicación del principio de la carga de la prueba, en este asunto, al demandante le correspondía allegar prueba que acreditara, por lo menos, la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales (**Vid. CST, arts. 23 y 24; y, Sentencias CSJ SL377-2022, SL577-2020, SL1762-2018, SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**), deber procesal que incumplió, se impone confirmar la sentencia consultada que negó las pretensiones de la demanda.

#### **4. Costas**

Dado que se desata el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a imponer condena en costas (CGP, art. 365).

### **VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada.

**SEGUNDO:** Sin costas en este grado jurisdiccional.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 114-2023 .....	1
Radicado n°. 23-162-31-03-002-2018-00259-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. ANTECEDENTES .....	1
1. La demanda .....	2
1.1. Pretensiones .....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda .....	2
III. LA SENTENCIA CONSULTADA .....	3
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	3
V. CONSIDERACIONES .....	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo .....	4
3. Ausencia de prueba de la relación laboral .....	5
4. Costas .....	7
VI. DECISIÓN .....	7
RESUELVE: .....	8
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE .....	8



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

**Magistrado Ponente**

**FOLIO 118-2023**

**Radicación n° 23-001-31-05-003-2021-00180-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual.*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del DEPARTAMENTO DE CORDOBA y de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, así como los recursos de apelación interpuestos por esos mismos entes en contra de la sentencia de 02 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral instaurado por MILAD ELIAS CURA DORADO contra COLFONDOS S.A., ESE HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA y el DEPARTAMENTO DE CORDOBA; trámite al que fue vinculada la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

#### **1.1. Pretensiones**

En la demanda, de manera principal, se pide declarar que el Departamento de Córdoba es responsable del «*pago del BONO PENSIONAL correspondiente al tiempo laborado por el demandante*», en la ESE convocada «*entre el 20 de diciembre de 1978 hasta 19 de enero de 1982*». En consecuencia, se solicita condenar al ente territorial a emitir el bono pensional aludido y a COLFONDOS a reconocerle la devolución de saldos con base en éste, junto a la indexación y costas procesales.

Subsidiariamente, pide declarar que la ESE accionada es la responsable de pagarle el bono pensional por el tiempo allí laborado; por ende, solicita que se le condene a pagárselo y a COLFONDOS a reconocerle la devolución de saldos con base en aquél.

#### **1.2. Hechos**

Los hechos fundantes de las pretensiones, compendiados y resumidos, se contraen a que, el actor cotizó a COLFONDOS ciento treinta y cinco (135) semanas y «*acumuló un total de \$24.715.710 en su cuenta individual*», los cuales, le fueron

reconocidos por esa entidad; sin embargo, pese a que laboró para la ESE convocada *«desde el 20 de diciembre de 1978 hasta 19 de enero de 1982, es decir, 3 años, 1 mes»*, no le fue reconocido el *«bono pensional por el tiempo laborado»* en esa entidad.

Desde el año 2013, COLFONDOS requirió al ente territorial y la ESE, *«para que se hicieran cargo del pago del bono pensional»*, pero obtuvo *«una respuesta negativa»*. El 01 de octubre de 2019, la ESE emitió el CETIL por el tiempo que él laboró esa entidad; con base en ello, pidió la devolución de saldos pertinente a esos tiempos, pero no le fue reconocida.

## **2. Trámite y contestación de la demanda**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por los demandados.

2.2. COLFONDOS no se opuso a la devolución de saldos, pero pidió condicionarla a que las accionadas hagan el pago del bono pensional respectivo; propuso las excepciones denominadas *«devolución de saldos y otra prestación condicionada»*, *«prescripción»*, *«buena fe»* y la *«genérica»*.

2.3. El Departamento de Córdoba se opuso a lo pretendido y alegó las excepciones de *«falta de legitimación en la causa por pasiva»* e *«inexistencia de la obligación»*. En síntesis, alegó que el bono pensional debe ser pagado por la ESE accionada.

2.4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, también se opuso a lo pretendido y alegó las excepciones de *«inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad de la nación – ministerio de hacienda y crédito público»*, *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«buena fe»* y la *«genérica»*.

2.5. La ESE convocada guardó silencio.

2.6. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de manera separada. En la última, se escucharon los alegatos y se profirió el fallo apelado y consultado.

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

La a quo accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar, en síntesis, que el DEPARTAMENTO CORDOBA y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO son los responsables para concurrir, en el porcentaje pertinente, al pago del bono pensional por el tiempo laborado por el demandante en la ESE accionada. Por ende, condenó a estas entidades a trasladar el bono a COLFONDOS y a ésta a que haga la devolución de saldos respectiva, con los rendimientos pertinentes; lo cual, supeditó a la recepción de esa prestación. Además, dispuso que el MINHACIENDA puede repetir contra el Departamento cuando se determine en qué porcentaje le corresponde concurrir

a éste en el pago del bono. Finalmente, impuso condena en costas contra las tres entidades.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

##### **1. Apelación del Departamento de Córdoba**

El vocero judicial del ente territorial apeló la sentencia inicial, señalando que esa entidad hizo la labor que le incumbía, por lo que, la carga prestacional -es decir, trasladar el bono pensional a COLFONDOS- no le compete a ésta, sino a la ESE en la que laboró el actor.

##### **2. Apelación de MINHACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

El gestor judicial del Ministerio adujo que la decisión apelada impone la obligación de gestionar todos los trámites y convenios de concurrencia que celebren las ESE. Luego de hacer un recuento normativo, indicó que las funciones delegadas por el extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, no eximen a los empleadores de cumplir sus obligaciones pensionales frente a sus trabajadores. Insiste en que el Ministerio solo tiene como función colaborar con el pago del pasivo prestacional, pero no la de asumir la deuda de las ESE, pues éstas como empleadoras, son las responsables de pagar sus deudas, hasta tanto se celebren los contratos de concurrencia.

Tampoco incumbe al Ministerio asumir obligaciones pensionales, en tanto, no tiene el rol de administradora de pensiones, además, esa cartera no sostuvo relación laboral alguna con el actor, ni tiene el deber de hacer la actualización del bono pensional; finalmente, el pasivo a cargo del Ministerio -que es objeto de financiación por parte de la Nación mediante suscripción de contratos de concurrencia-, es el causado a corte 31 de diciembre de 1993, no en fechas posteriores.

La función del Fondo es colaborar con la financiación del pasivo prestacional de los funcionarios que queden inscritos en la certificación de beneficiarios inscritos del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del sector Salud; y solo es frente a este pasivo por el que deberá concurrir la Nación. En el caso, el actor no tiene la calidad de beneficiario de ese Fondo; de allí que no puede ser beneficiado por dineros de convenios de concurrencia.

La ESE accionada tenía el deber de realizar el trámite tendiente a incluir a sus trabajadores como beneficiarios del Fondo; de allí que, su omisión no puede redundar en que el actor sea beneficiario de convenio de concurrencia alguno.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término dispuesto para las alegaciones, el vocero de **MINHACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** insistió en la revocatoria del fallo, exponiendo argumentos similares a los de

la alzada. Por su parte, el apoderado del demandante hizo lo propio, pero pidiendo mantener la providencia cuestionada.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos tanto de eficacia y validez del proceso, por ende, corresponde desatar de fondo la segunda instancia y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del Departamento de Córdoba y de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

### **2. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala dilucidar, i) si la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Córdoba deben concurrir al pago del bono pensional por el tiempo que el actor laboró en la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA; o, si, en cambio ii) esa obligación le incumbe a ésta última por haber sido la empleadora de éste. De ser lo primero, -y, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de aquellas- iii) si hay lugar a imponerles condena en costas por lo actuado en la primera instancia.

### **3. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Córdoba deben concurrir al pago del bono pensional que reclama el actor**

3.1. La A quo dio por sentado que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Córdoba, son quienes deben concurrir al pago del bono pensional por el tiempo que el actor laboró en la ESE accionada.

3.2. Ambas entidades apelaron el fallo, al estimar, en síntesis, que a quien incumbe esa obligación es a la ESE, porque ésta fue la empleadora del actor; y, como él no es beneficiario del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, entonces, el bono pensional que reclama, no puede pagarse con cargo al contrato de concurrencia que aquellas suscribieron para asumir la deuda pensional de los funcionarios y exfuncionarios de dicho hospital.

3.3. Pues bien, el pago del pasivo pensional del sector salud (artículos 33 de la Ley 60 de 1993; 242 de la Ley 100 de 1993 y 60 a 63 de la Ley 715 de 2001) está a cargo de las entidades hospitalarias -y no en cabeza de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, a menos que ésta -o sea, la Nación- suscriba un contrato de concurrencia con el ente territorial pertinente, en el que se asuma esa obligación (**Vid. CSJ SL1923-**

**2021; CE, 14 abr. 2016, exp. 2015-06102-01 con referencia en la CE, 28 en. 2009, exp. 2008-00189; CC T 748-2013).**

3.4. Tales contratos -los de concurrencia- son un acuerdo mediante el cual, la Nación y las entidades territoriales, convienen la forma en que se financiará el pasivo pensional de las entidades de salud; en éstos, se determinan los porcentajes en los que cada una de las entidades debe converger para el pago de las obligaciones prestacionales de los trabajadores causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

3.5. Es decir, la encargada de pagar el pasivo pensional de los beneficiarios del fondo creado por la Ley 60 de 1993, en principio, es la entidad hospitalaria empleadora; empero, dicha obligación se trasladará a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando ésta suscriba el respectivo contrato de concurrencia con el ente territorial competente, en el que así se establezca.

3.6. Al respecto, en decisión CSJ SL1923-2021, 10 May. 2021, rad. 82565, la Honorable Sala de Casación Laboral, al analizar un asunto de supuestos similares, discurrió:

«(...) Pero también, como dejó de expresarlo el sentenciador, que dicha obligación se mantiene en cabeza de las entidades hospitalarias, hasta que no se suscriban los contratos de concurrencia multicitados, por cuanto el legislador condicionó el pago de la obligación en ciernes, a la culminación de un trámite que inicia: 1) con la liquidación de las cuentas pendientes de pago

Rad. 23-001-31-05-003-2021-00180-01. Folio 118-2023

inmediatas y futuras de los Hospitales y, que finaliza 2) con la suscripción del convenio que delimite los porcentajes en que participan las entidades obligadas a asumir esa obligación.

En otras palabras, que para emitir una condena por concepto del pasivo pensional del sector salud a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de que tratan los artículos 33 de la Ley 60 de 1993; 242 de la Ley 100 de 1993 y 60 a 63 de la Ley 715 de 2001, no es suficiente que la reclamante, como no se discute, sea beneficiaria de aquél, pues para el evento, el hospital debe realizar las apropiaciones necesarias, hasta que no se defina, por ser el responsable de ello, el monto de la obligación que traslada a la Nación y que ésta a su vez suscriba los convenios de concurrencia, en los que determine la manera en que participará con la entidad territorial en el pago de dicha obligación.

En ese sentido lo ha razonado también la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al resolver en sede de tutela, las vulneraciones que genera la falta de cumplimiento de aquellas responsabilidades en la definición de un derecho pensional, por ejemplo, en la sentencia que trae a colación la impugnación, esto es, la CE, 14 abr. 2016, exp. 2015-06102-01 con referencia en la CE, 28 en. 2009, exp. 2008-00189».

Con similar alcance, la Corte Constitucional, en sentencia T-748 de 2013, citada en la SL1923-2021, la Corte Constitucional sostuvo:

«En virtud del vacío normativo que existía tras el fallo antes nombrado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 0700 de 2013, a través del cual precisó que **la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, para lo cual debe celebrarse el respectivo contrato de concurrencia si aún no se ha hecho.**

Entonces, del recuento normativo precedente se tiene que **como la E.S.E Cesar Uribe no ha suscrito contrato de concurrencia administrativa ni con el Departamento ni con la Nación** (según las pruebas allegadas por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público), se entiende que sus trabajadores y ex trabajadores no son beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud, por lo que **el pago del pasivo prestacional de sus trabajadores- antiguos o actuales- sigue en cabeza de la E.S.E.**

**Por tanto, en virtud del mandato del citado artículo 242 de la Ley 100 de 1993, el cual no ha sido derogado, se tiene que la E.S.E Cesar Uribe está obligada a liquidar, emitir y pagar el bono pensional reclamado hasta tanto no realice el corte de cuentas y celebre contrato de concurrencia con la Nación y la entidad territorial»** (Resaltado fuera del texto original).

3.6. Para recapitular, el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 creó el Fondo Prestacional del Sector Salud; sin embargo, el canon 113 de la Ley 715 de 2001, suprimió ese Fondo y trasladó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la obligación de asumir el pasivo de ese sector, imponiéndole el deber de actualizar periódicamente el valor del pasivo pensional y celebrar nuevos convenios para el pago de esas obligaciones, en los que debían concurrir las entidades territoriales -contratos de concurrencia-.

3.7. Posteriormente, el Decreto 306 de 2004 que reguló la última normativa, incluyó en la reserva pensional a aquellos beneficiarios que habían sido retirados antes del 31 de diciembre de 1993, condicionando la provisión que respaldaría su acreencia

a «[...] *la celebración de los acuerdos de concurrencia*». Por su parte, el Decreto 700 de 2013 determinó que el pasivo causado a favor de los beneficiarios del Fondo Prestacional sería asumido, de forma concurrente, entre la Nación y las entidades territoriales.

3.8. El Consejo de Estado, mediante sentencia del 21 de octubre de 2010, declaró la nulidad de las expresiones contenidas en el Decreto 306 de 2004 que disponían que las instituciones hospitalarias también debían concurrir al pago del pasivo del sector salud; en su lugar, precisó que esos deberes solo recaían en la Nación y las entidades territoriales, como quedó definido en el Decreto 700 de 2013 ejusdem.

3.9. De allí que, luego de la vigencia de ésta última reglamentación, las E.S.E. solo estarán exentas de pagar el pasivo pensional generado en favor de los trabajadores del sector de la salud, cuando «*haya[n] acatado a cabalidad su obligación de compilar la información del pasivo y de que conforme a ella, se hubieren suscrito los acuerdos de concurrencia entre las entidades convocadas para el efecto*» (CSJ SL1923-2021).

3.10. En el caso, no hay duda que entre el Departamento de Córdoba y el Ministerio de Salud – Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud, se celebró el contrato de concurrencia n°. 492 de 1999. Lo anterior consta en i) la respuesta a la demanda por parte del Departamento (PDF «11.1

*Contestación demanda y anexos*» pág. 4); ii) el oficio 001628 de 10 de junio de 2014, que el secretario de gestión administrativa del departamento dirigió a COLFONDOS (PDF «02. Demanda» págs. 26 a 30); iii) el oficio 000092 de 23 de enero de 2013 que la Secretaria de Hacienda Departamental remitió a COLFONDOS («02. Demanda» págs. 19 a 20); iv) la réplica a la demanda por parte del MINHACIENDA (PDF «24ContestaciónDemandaAnexosPruebasmiMinisterioHacienda»); v) las alegaciones conclusivas de esa cartera ministerial en esta instancia.

Por ejemplo, en el oficio número 001628 de 10 de junio de 2014, que el Secretario de Gestión Administrativa del Departamento dirigió a COLFONDOS (PDF «02. Demanda» págs. 26 a 30), se indicó:

«(...) [E]l Señor MILAD ELIAS CURA DORADO, no ha tenido ningún vinculo (sic) laboral con el Departamento de Córdoba, sino que su vinculación fue con la ESE HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA; quienes son entes autónomos con personería jurídica, totalmente independiente del Departamento de Córdoba, son dichas ESES (sic), la llamada a responder por sus aportes por concepto de pensión.

**Al respecto se admite que la única responsabilidad que tiene el Departamento - de Córdoba con las prestaciones de los empleados y/o trabajadores de las distintas ESE, son las adquiridas mediante el Contrato Interadministrativo de Concurrencia No. 492, suscrito entre el Ministerio de Salud - Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del sector Salud y el Departamento de Córdoba, cuyo objeto es concurrir en los términos señalados en la Resolución No. 2203 del 29 de Julio de**

Rad. 23-001-31-05-003-2021-00180-01. Folio 118-2023

**1999, emanada del Ministerio de Salud, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y exfuncionarios pertenecientes a la planta de personal del Departamento Administrativo de Salud de Córdoba DASALUD (actualmente Secretaria de Desarrollo de la Salud) y los Hospitales San Jorge (Ayapel), Departamental San Diego (Cereté), San Rafael (Chinú), San Francisco (Ciénaga de Oro), San Vicente de Paul (Lorica), Local (Montelibano), San Jerónimo (Montería), San Nicolás (Planeta Rica), Departamental San Juan (Sahagún), Local San José (San Bernardo del Viento), Local San José (Tierralta) y Sagrado Corazón de Jesús (Valencia)».** (Se resalta).

Igual posición sostuvo el Departamento en el oficio 000092 de 23 de enero de 2013, que la Secretaria de Hacienda Departamental remitió a COLFONDOS. Y, en la respuesta a la demanda, en la que la entidad territorial indicó:

«Es totalmente INOPORTUNO solicitar que el DEPARTAMENTO DE CORDOBA, sean (sic) condenado en este proceso, y asumir el error cometido por el empleador del señor MILAD ELIAS CURA DORADO **al no incluirlo en la lista de beneficiarios conforme a lo establecido en el contrato de concurrencia No 492;** así mismo es un despropósito que el Departamento tenga que pagar RETROACTIVAMENTE las omisiones cometidas en su momento por la ESE HOSPITA (sic) SAN JOSE DE TIERRALTA.

A manera de un recorderis le informo que **:La suscripción de un Convenio de Concurrencia suscrito en el año de 1999 entre el Ministerio de Salud, entidad que se comprometió a aportar el 80%, y el Departamento de Córdoba, que aportaría el 20% de los recursos, para cubrir el bono pensional de los funcionarios del sector salud,** la Gobernación: '*...no se sustituye a los hospitales en las obligaciones para con sus funcionarios, simplemente se le da un apoyo financiero para el pago del bono pensional*'». (Se resalta)

Finalmente, tanto en la réplica a la acción, como en las alegaciones conclusivas presentadas en esta instancia, el MINHACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO, señaló:

«Ahora bien. Revisada la documentación que contiene la información del pasivo prestacional de las entidades del sector salud del departamento de Córdoba, se pudo establecer que, **el Afiliado, NO quedó inscrito en calidad de beneficiario en la Certificación de Beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud expedida por la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del entonces Ministerio de Salud, por lo tanto, NO ES BENEFICIARIO de los recursos del citado Fondo y, en consecuencia, su pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993 por concepto de pensiones y cesantías no puede ser financiado a través de los Contratos de Concurrencia**, ante lo cual, cualquier inconformidad respecto de cualquier asunto laboral, necesariamente deberá ser gestionado ante su Empleador, sin que este Ministerio tenga injerencia alguna en el resultado de lo solicitado, pues nunca fungió como empleador del ciudadano demandante». (Se resalta).

3.11. No hay duda, entonces, sobre la existencia y objeto del aludido convenio. Tampoco la hay, en cuanto a que el actor prestó servicios para la ESE Hospital San José de Tierralta en el período comprendido desde el 20/12/1978 hasta el 19/01/1982. Ese aspecto, indiscutido durante el litigio, tiene soporte, por ejemplo, en el Certificado Electrónico de Tiempos Laborados – CETIL, aportado al expediente (PDF «02. Demanda» págs. 49 a 52)». De hecho, el principal argumento que exponen las recurrentes contra el fallo, es que la obligación de trasladar el bono pensional incumbe a la ESE, por haber sido ésta la empleadora del convocante.

3.12. En este orden, dado que i) el actor laboró para una ESE y su retiro se produjo antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; y, ii) entre el Departamento y el Ministerio de Salud se suscribió un contrato de concurrencia, cuyo objeto fue «*concurrir (...) para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y exfuncionarios pertenecientes*» a la ESE Hospital San José de Tierralta y otras entidades; es predicable que la obligación de pagar el bono pensional disputado dejó de recaer en la ESE convocada y se trasladó a la NACIÓN – MINHACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el Departamento de Córdoba (**Vid. CSJ SL1923-2021 y CC T 748-2013**).

3.13. Lo dicho también halla fundamento en lo señalado por la Honorable Sala de Casación Laboral en la citada decisión SL1923 de 2021, en la que, con alcance similar, se indicó:

**«En consecuencia, en el caso en particular, la obligación de cubrir a través de bono pensional el servicio que la demandante prestó al Hospital San Nicolás Versalles – Valle del Cauca, no estaba a cargo de la última entidad, como lo reclama la acusación, pues entre el Departamento del Valle del Cauca y la Nación, respecto del pasivo pensional de los ex trabajadores de aquella entidad, según aparece informado en i) la réplica al gestor presentada por la impugnante y la entidad territorial vinculadas (f.º 96 y 322, cuaderno del Juzgado); ii) el Oficio Radicado 1-2014-111800 remitido a Colfondos S. A. por el Ministerio de Hacienda (f.º 128 a 132 y 229 a 233, *ibidem*) y, iii) la Comunicación del 25 de julio de 2016 expedida por el Hospital San Nicolás del Municipio de Versalles del Valle del Cauca (f.º 363 a 369, *ib*), [se] suscribió el Contrato de Concurrencia n.º 00879 del 31 de diciembre de 1998».** (Se resalta).

3.14. Ahora, ambas recurrentes alegan que el convocante «*NO quedó inscrito en calidad de beneficiario en la Certificación de Beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud*», por lo que, «*NO ES BENEFICIARIO de los recursos del citado Fondo y, en consecuencia, su pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993 por concepto de pensiones y cesantías no puede ser financiado a través de los Contratos de Concurrencia*». Sin embargo, ello no es de recibo, por las siguientes razones:

3.14.1. Según el oficio número 001628 de 10 de junio de 2014, que el Secretario de Gestión Administrativa del Departamento remitió a COLFONDOS, el objeto del contrato de concurrencia número 492, como se dijo, fue «*concurrir en los términos señalados en la Resolución No. 2203 del 29 de Julio de 1999, emanada del Ministerio de Salud, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y exfuncionarios pertenecientes*» -se resalta- a varios hospitales, entre ellos, la ESE Hospital San José de Tierralta. Luego, es evidente que el aludido convenio cobijó a los extrabajadores de la ESE en cuestión; es decir, en éste, de forma genérica, se incluyó a todo aquél que tuviera esa calidad -la de extrabajador de la ESE-. Y como el actor la tiene, es pregonable su condición de beneficiario.

3.14.2. Pero si esa interpretación no se estimase razonable, en todo caso, la condena se impone, por cuanto, el artículo 62 de la Ley 715 de 2001, hizo recaer en la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la obligación de concertar con los entes territoriales el desarrollo de los contratos de concurrencia que ya se hallaren en ejecución, ordenando los ajustes que encontrara necesarios para cumplir su finalidad, esto es, la de cubrir conforme a tales vínculos, el pasivo pensional; así como también, la de revisar y actualizar en forma periódica el valor de la deuda prestacional.

3.14.3. Es decir, una vez el Ministerio de Hacienda y Crédito Público asumió la responsabilidad de pagar el pasivo, por virtud de la Ley 715 de 2001, debió actualizar anualmente el presupuesto de la deuda pensional, relacionada con el personal reiterado que por el paso del tiempo iba haciendo exigibles sus derechos. Por ende, no era necesaria la suscripción de varios convenios de concurrencia para cobijar las obligaciones a cargo de una misma entidad hospitalaria; el pasivo debía ser actualizado conforme fuera necesario.

3.14.4. Además, según lo dispuesto en el Decreto 3061 de 2004, en el convenio de concurrencia, debía establecerse el monto definido de las obligaciones por pagar, esto es, de las «*inmediatas*», pero además el atinente a las «*diferidas*», que corresponden, entre otras, a las deudas pensionales, las que, por

su indeterminación, se han de fijar en un monto aproximado (SL1923 de 2021).

3.14.5. Por tanto, no es acertado sostener -como lo aducen las recurrentes- que el actor no está cubierto por el contrato de concurrencia n.º 492 ejusdem, pues, como se dijo, la obligación de la entidad hospitalaria de presupuestar y cumplir el pago del pasivo pensional, finalizó con la suscripción de ese convenio; además, era deber del ente territorial y el MINHACIENDA incluir, en las partidas respectivas, las obligaciones pensionales no causadas, así fuera de forma aproximada; y, en todo caso, actualizarlas anualmente.

3.14.6. En otras palabras, aunque en los cálculos actuariales que soportaban los pasivos pensionales, no se hallaren discriminados los causados antes del 31 de diciembre de 1993, que no hubieren sido solicitados por los interesados, como es el caso del demandante, le bastaba a él solicitar la emisión del bono pensional -como en efecto lo hizo (PDF «02. *Demanda*» págs. 19 a 30)-, para que el MINHACIENDA y el Departamento de Córdoba, tuvieran el deber hacer la actualización pertinente.

3.14.7. Todo esto tiene fundamento en lo indicado por la Honorable Sala de Casación Laboral en la citada sentencia SL1923 de 2021, la cual, por su pertinencia, se reproduce en extenso:

**«Por tanto, aunque la norma sí exige, de la forma en que lo reclama la impugnación, la suscripción de un contrato de concurrencia para que se imponga el pago de las deudas pensionales de los ex trabajadores del sector salud a cargo de la Nación, también lo es que no precisa de la existencia de múltiples convenios de esa naturaleza respecto de una misma entidad hospitalaria.**

Realiza la Sala la última precisión con importancia para el caso, en razón a que, en gracia de discusión, aun cuando se le otorgara la razón en sede de casación a la censura, por la imprecisión conceptual en la que incurrió el sentenciador, no la hallaría de su lado en la posición litigiosa que defendió en las instancias, según la cual no podía imponérsele la obligación pensional a la que se le condenó.

Tal la afirmación, pues **lo que en últimas plantea la promotora del recurso, es que, aunque la demandante era beneficiaria del fondo prestacional del pasivo del sector salud, no estaba amparada por el contrato de concurrencia que ya había suscrito con el Departamento del Valle del Cauca, por haber sido retirada, debido a que prestó sus servicios antes del 31 de diciembre de 1993 y para esa fecha no había solicitado su bono pensional.**

**Dicha visión del conflicto no se atiene a la lectura normativa a la que se ha venido aludiendo, por cuanto una intelección también sistemática del artículo 242 de la Ley 100 de 1993 y de las facultades que otorga el Decreto 3064 de 1997 a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, permite advertir que a pesar de que en las partidas presupuestales inicialmente afectadas para la ejecución del contrato de concurrencia, no se encontraren determinadas obligaciones pensionales, por la falta de exigibilidad de estas, ello no trae de suyo, como se pregona, la imposibilidad de que se genere su pago con cargo al convenio ya pactado, por cuanto este puede ser revisado, actualizado y, de ser el caso, reajustado.**

Lo último, con mayor razón, si se advierte que al tenor del artículo 1° del decreto que se comenta, en la determinación del acuerdo de

Rad. 23-001-31-05-003-2021-00180-01. Folio 118-2023

conurrencia, dentro de la especificación del presupuesto que se afecta, se ha de sumar el monto definido de las obligaciones por pagar, esto es, de las «inmediatas», pero además el de las «diferidas», que corresponden, entre otras, con las deudas pensionales del personal retirado con derecho a pensión, las cuales se fijan, por obvias razones, en un monto aproximado.

Sobre el tema, dice puntualmente el artículo 1° del Decreto 3061 de 1997:

Se adiciona un párrafo al artículo 12 del Decreto 530 de 1994, así:

"Teniendo en cuenta que el cálculo de la deuda prestacional puede realizarse individualmente por cualquiera de los conceptos definidos en el presente artículo, los contratos de concurrencia podrán firmarse de manera independiente por las obligaciones inmediatas, correspondientes a cesantías o a pensiones incorporadas en nómina o por aquellas obligaciones diferidas. Sin embargo, para efectos de estimar la concurrencia y asignar responsabilidades a la Nación y a los entes territoriales, deberá figurar en el contrato que se suscriba un valor de referencia aproximado que englobe la totalidad de la deuda de cada una de las instituciones (obligaciones inmediatas y diferidas). Este valor será reajustado en la medida en que se vaya determinando el valor de la deuda de cada institución, manteniendo siempre los porcentajes de concurrencia establecidos para su pago y debiendo modificarse los contratos en lo correspondiente.

En todo caso el Ministerio de Salud conjuntamente con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberán calcular un valor de referencia aproximado que englobe la totalidad de la deuda así como el porcentaje de la concurrencia de que trata el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, antes del 31 de diciembre de 1998".

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 530 de 1994, precisa:

Rad. 23-001-31-05-003-2021-00180-01. Folio 118-2023

CARACTERIZACION DE LA DEUDA. La deuda prestacional de que tratan los artículos 33 de la Ley 60 y 242 de la Ley 100 de 1993, y el presente Decreto, está constituida por una obligación inmediata y una obligación diferida. 1o. La obligación inmediata corresponde al pago de:

[...]

b) Las pensiones incorporadas en nómina o que debidamente causadas estén pendientes de incorporar en nómina y que correspondan a los derechos por este concepto, adquiridos a 31 de diciembre de 1993, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5o. del artículo 242 de la Ley 100 de 1993.

2o. La obligación diferida corresponde:

[...]

b) A las pensiones futuras de actuales pensionados y a los retirados con derecho a pensión. Para determinar las obligaciones que caracterizan la deuda prestacional, se considerarán las especificaciones sobre cesantías y pensiones de jubilación consagradas en las disposiciones legales.

**Luego no podría aducirse por vía del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, que la falta de cuantificación exacta del pasivo pensional no exigible para el 31 de diciembre de 1993, dentro de determinado contrato de concurrencia, imponga la necesidad de realizar múltiples de aquellos vínculos, so pena de que la empresa social del estado continuara con el deber de asumir el pago de esa obligación, pues, inclusive, al tenor de aquel precepto, dicha obligación es temporal y se extingue para cuando concurren las dos condiciones a las que alude, se insiste: i) el cruce de cuentas y ii) la suscripción del contrato de concurrencia, las cuales convergen para el momento en que se pacta el primero de los vínculos de esa naturaleza entre la Nación y la entidad territorial.**

**Ratifica dicha conclusión, que desde el estadio inicial del trámite administrativo que se viene comentando, compuesto por esos dos elementos, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conoce el alcance de su obligación, pues en acatamiento del artículo 10° del Decreto 530 de 1994 al que se remite la Ley 715 de 2001, relacionado con los trámites que se realizaban ante el fondo del pasivo del sector salud, se exigió a la entidad hospitalaria, que junto a la solicitud para ser reconocido como beneficiario de aquel, relacionara «[...] personal activo, pensionado o retirado que no tenga totalmente garantizado el pago del pasivo prestacional».**

(...)

Por tanto, en relación con la distribución de obligaciones que la ley fijó, se sigue: i) que el hospital para el que laboró la demandante cumplió con su responsabilidad de determinar las personas que se beneficiarían del pasivo pensional que para el momento administraba el fondo prestacional, incluyendo entre su personal a los retirados; ii) que verificada esa información, el entonces Ministerio de Salud, realizó los cálculos presupuestales necesarios para establecer de forma cuantificada los compromisos económicos de los ex trabajadores que ya habían consolidado sus derechos pensionales y de manera aproximada la de quienes, como ella, tenían una expectativa pendiente de cumplirse; iii) que posteriormente suscribió con el Departamento del Valle del Cauca, el contrato de concurrencia, en el que definió la manera en la que participarían en el pago de sus compromisos la Nación y la entidad territorial y, iv) que **una vez asumió la responsabilidad el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por virtud de la Ley 715 de 2001, debió actualizar anualmente el presupuesto de la deuda pensional, relacionada con el personal reiterado que por el paso del tiempo iba haciendo exigibles sus derechos.**

**De donde la recurrente no puede oponer válidamente, menos en perspectiva del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, que la actora no se encontrara cubierta por el contrato de concurrencia suscrito en 1998, pues, de una parte, esa norma es clara en definir el momento en el que cesa la obligación de la entidad**

**hospitalaria de presupuestar y cumplir el pago del pasivo pensional, indicando que va hasta cuando se pacte ese convenio, al tiempo que los demás preceptos permiten advertir, que en las partidas aquél rubro debió incluirse aunque fuera de forma aproximada o, en todo caso, actualizarse anualmente». (Se resalta).**

3.14.8. En fin, corresponde al MINHACIENDA y el Departamento de Córdoba -y no a la ESE convocada- asumir el pago del bono pensional que respalde el tiempo que el demandante laboró al servicio del Hospital San José de Tierralta, entre 1978 y 1982; advirtiéndose, tal cual lo dispuso la A quo, que la cartera Ministerial tendrá la facultad de repetir en contra del Departamento, cuando se determine en qué porcentaje le corresponde concurrir en el pago del bono aquí disputado.

#### **4. Sobre la condena en costas en primera instancia.**

4.1. La A quo condenó en costas a las aquí beneficiadas del grado jurisdiccional de consulta. Esa condena ha de mantenerse, porque éstas resultaron ser vencidas en el proceso, debiendo, por tanto, asumir el pago de las costas de la primera instancia, ya que, en efecto, aquellas se causaron, habida cuenta que se opusieron a las pretensiones de la demanda y formularon excepciones de mérito, las que no prosperaron; lo que es suficiente para la imposición de la susodicha condena, habida cuenta que ésta no está supeditada a consideraciones subjetivas, sino exclusivamente a los resultados del proceso.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL4019-2021 discurrió:

“Las costas del proceso no están supeditadas a una actuación subjetiva de la demandada, sino exclusivamente a los resultados del proceso, gravando a la parte que no sacó adelante las pretensiones o, como en este caso, las excepciones, según el artículo 365 del CGP en otrora el artículo 392 del CPC, aplicable por el artículo 145 del CPTSS”.

Y, en la sentencia SL4650-2017 ese mismo órgano de cierre expresó:

“Tocante a la imposición de costas judiciales de la primera instancia, contrario a lo sostenido por el accionado, sí resulta pertinente, habida cuenta que el CPC. Art. 392, modificado por el D. 2282/1989 Art 1º numeral 198, la L.794/2003 Art. 42, y la L. 1395/2010 Art. 19, aplicables en materia laboral por remisión del CPT y SS Art. 145, consagra esta carga o imposición a la parte vencida en la *litis*, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, suplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y entendidas entonces las costas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es el ISS, no es procedente acudir al postulado de la buena fe para su exoneración, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos”.

4.2. En el mismo sentido, está también la sentencia SL4092-2018.

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

**CSJ SL4430-2014**), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada.

### **5. Costas en la segunda instancia**

Como la apelación no prosperó y la parte demandante replicó la alzada, se estima que las costas se causaron (CGP, art. 365-8°). Las agencias en derecho se fijan en esta instancia en un (1) SMMLV, que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para los casos de apelación de sentencias; y, se acude a ese extremo mínimo, porque no hubo práctica probatoria en este segundo nivel jurisdiccional.

Dicho monto será distribuido a cargo de los entes demandados, por partes iguales.

## **VII. DECISIÓN**

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

Rad. 23-001-31-05-003-2021-00180-01. Folio 118-2023

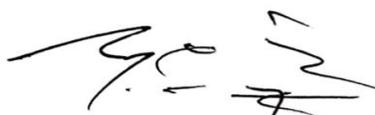
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada.

**SEGUNDO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 120-2023**

**Rad. n° 23-001-31-05-002-2022-00199-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 10 de marzo de 2.023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDITH ROSMIRA DIAZ ORTEGA contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la recurrente.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

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

### **2. Contestación y trámite**

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

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

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

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

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

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

#### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Únicamente la vocera judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones de conclusión, insistiendo en las argumentaciones expuestas en la sustentación de la apelación.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

##### **1. Presupuestos procesales**

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

## **2. Problema jurídico a resolver**

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

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

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

administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

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

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

3.2. Expone COLPENSIONES que la parte actora estuvo afiliada a una Caja Departamental y no a COLPENSIONES. Al respecto, se debe señalar que ello no tipifica una afiliación inicial al RAIS, porque, como lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral, no se trata de una selección inicial los casos de aquellos que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 venían cotizando a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, pues hacían parte del sistema de reparto simple (Vid. Sentencia SL1305-2021).

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

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

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

3.5. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de

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

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

3.7. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la

libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

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

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

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

#### **4. Consecuencias de la ineficacia del traslado**

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de

prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a gastos de administración y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

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

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

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

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

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

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

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

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

**5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia**

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

#### **6. Costas de esta segunda instancia**

Dado que la parte actora no replicó el recurso de apelación, se estima que no se causaron las costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

### **VII. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada.

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

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 120-2023.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2022-00199-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA .....	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales .....	3
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma .....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia .....	11
6. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN .....	12
RESUELVE:.....	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 121-2023**

**Rad. n° 23-001-31-05-002-2022-00196-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 10 de marzo de 2.023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA DE LOS SANTOS NEGRETTE contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y las recurrentes.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

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

### **2. Contestación y trámite**

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

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

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

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

## **IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

## **1. Apelación de Colpensiones**

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

## **2. Apelación de Porvenir**

Expone que el traslado fue voluntario, sin vicio de consentimiento. También protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, pago de seguros previsionales y demás consecuencias a la ineficacia del traslado que impuso el A quo, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, y que no se le debió condenar en costas.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en tanto guarden sintonía con las apelaciones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

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

### **2. Problema jurídico a resolver**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **4. Consecuencias de la ineficacia del traslado**

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

administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos **(Vid. Sentencias SL2484-2022, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).**

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

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

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

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el

reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

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

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

## **5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia**

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

## **6. Costas de esta segunda instancia**

6.1. Dado que la parte actora replicó los recursos de apelación, se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR, en favor del convocante (CGP, art. 365-8°).

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

## **VIII. DECISIÓN**

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

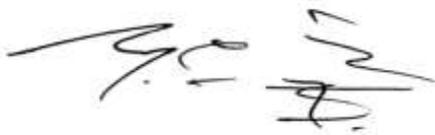
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada.

**SEGUNDO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 121-2023.....	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2022-00196-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA .....	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN .....	2
1. Apelación de Colpensiones .....	3
2. Apelación de Porvenir.....	3
VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	3
VII. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales .....	4
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma .....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia .....	11
6. Costas de esta segunda instancia.....	12
VIII. DECISIÓN .....	12
RESUELVE: .....	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado ponente

**FOLIO 122-2023**

**Rad. 23-001-31-05-004-2022-00126-01**

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de marzo de 2.023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por WILSON DE JESUS QUINTERO AGUDELO contra RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., antes APUESTAS DE CÓRDOBA S.A.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

#### **1.1. Pretensiones**

Pretende la parte demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre el demandante como trabajador, y la demandada como empleadora, que cobró

vigencia desde el 12 de julio de 1.988 al 22 de octubre de 2.012, y, en consecuencia, se condene a la última a pagar el cálculo actuarial de los aportes en pensión, en el fondo de pensiones PORVENIR S.A., por el tiempo comprendido desde el 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998, y, además, las costas del proceso.

## **2. Hechos**

En síntesis, adujo el demandante que tuvo con la demandada una relación laboral en los extremos temporales arriba indicados, y que la última no pagó los aportes en pensión durante el tiempo comprendido del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998.

## **2. Contestación de la demanda y trámite**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se allanó a los hechos afirmados en la demanda y a las pretensiones de la misma, pero propuso la excepción de mérito de *prescripción*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se desarrollaron de forma concentrada, y en la última no se practicaron pruebas.

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

A través de esta el A quo declaró no probada la excepción de prescripción, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes desde el 12 de julio de 1.998 al 22 de octubre de 2012, y, además, condenó a la demandada a pagar el cálculo actuarial de los aportes en pensión que, durante los extremos temporales antes señalado, no haya pagado. En sustentó de lo anterior, señaló encontrar acreditada la relación laboral y que la demandada no probó haber pagado las cotizaciones en pensión, siendo que la negación de ese pago por parte del demandante, es de carácter indefinida, y, por ende, está exenta de pruebas.

### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandada apela la sentencia, arguyendo (i) que la condena por el cálculo actuarial relativo a los aportes en pensión debió ser por el periodo del desde el 12 de julio de 1988 hasta el 31 de octubre de 1998, porque eso fue lo que se pidió en la demanda y el allanamiento fue sobre ese mismo lapso; y, (ii) que no se debió condenar en costas, porque se allanó a la demanda con la contestación de la demanda y se actuó de buena fe.

### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, se procede a desatar de fondo la segunda instancia y, además, la solicitud de la parte actora de prueba oficiosa.

### **2. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en la apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si la condena al cálculo actuarial por los aportes en pensión no pagados se debe limitar al periodo del 12 de julio de 1988 hasta el 31 de octubre de 1998; y, **(ii)** si hay lugar a la condena a la demandada por las costas de la primera instancia.

### **2. Respecto al periodo de la condena al pago del cálculo actuarial**

2.1. La parte actora, en la demanda, afirmó que la demandada no pagó los aportes en pensión durante el periodo del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998, y, con base en ello, en el acápite de pretensiones de ese libelo, pidió condena del cálculo actuarial respectivo a dicho periodo.

2.2. Incluso, en la etapa de fijación del litigio, ante la fijación del debate inicialmente señalada por el A quo, el apoderado de la parte actora pidió al A quo que el litigio se centrara en determinar si en el mentado periodo, esto es, del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998, la demandada había o no pagado los aportes en pensión, lo cual coadyuvó el vocero judicial de la última, y, en razón de ello, el juez acogió esa delimitación del pleito.

2.3. Pese a lo anterior, el A quo condenó a la demandada a pagar el respectivo título pensional por los aportes a pensión del demandante dejados de aportar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el periodo comprendido desde el día 12 de julio del año 1988 hasta el día 22 de octubre del año 2012.

2.4. Frente a la anterior decisión, protestó la parte demandada, al estimar que la condena se debe circunscribir al cálculo actuarial por las cotizaciones en pensión correspondiente al periodo del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998.

2.5. Pues bien; le asiste razón al extremo pasivo, pues si bien al sentenciador inicial le asiste facultad extra y ultra petita, la misma está condicionada a: <<*i) que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso y, ii) que estén debidamente acreditados*>> (Vid. CSJ Sentencia SL5431-2021; y, CPTSS, art. 50); y, en el caso, ninguno de estos presupuestos se cumple.

2.5.1. Así, no se puede afirmar que las partes hayan discutido la ausencia de pago de las cotizaciones para periodo distinto al 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998, porque, en primer término, ambos extremos de la relación procesal, desde la conformación del contradictorio y, con más claridad, en la etapa de fijación del litigio, se sintonizaron y acordaron expresamente, con aval del juez, a que el debate se circunscribía exclusivamente a si en el periodo ya indicado, la demandada pagó o no las cotizaciones en pensión. En razón a ello, fue que la parte demandada aceptó los hechos y pretensiones de la demanda, y, más aún, fue también la razón por la cual ambas partes del proceso renunciaron a las pruebas decretadas por el Juzgado; de tal suerte que, resulta evidente, los sujetos de la relación procesal dejaron por fuera de la controversia pago o no de cotizaciones en pensión para lapsos diferentes al ya señalado, lo que entonces no resulta de recibo una condena por ese concepto para tiempos excluidos del pleito, porque resulta atentatorio al derecho de contradicción de la parte demandada, y, por consiguiente, al debido proceso.

2.5.2. Y, en segundo término, porque no es dable predicar la prueba de no haberse pagado las cotizaciones durante el periodo del 1° de noviembre de 1998 y hasta la terminación de la relación laboral, porque, al respecto, la parte demandante, al afirmar en su libelo introductorio del proceso, que la demandada no pagó las cotizaciones en pensión en el periodo del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998, confesó el pago de tales

cotizaciones sí se efectuó para los otros tiempos de la relación laboral.

2.6. Conforme a lo dicho, el reparo de la apelación en comentario prospera, y, en consecuencia, habrá de modificarse la condena al pago del cálculo actuarial por el no pago de cotizaciones en pensión, a fin de circunscribirla al período del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998.

### **3. Respecto a las costas de la primera instancia**

3.1. La parte demandada también protesta por la condena al pago de las costas de la primera instancia, arguyendo que, con la contestación de la demanda, se allanó a dicha demanda y, además, ha actuado de buena fe.

3.2. La condena en costas se imparte a la parte que resulta vencida en el proceso y no está atada a consideraciones de buena fe (Vid. CGP, art. 368; y CSJ Sentencias SL3593-2022, SL3915-2022, SL2425-2022, SL1440-2022, SL2582-2022, SL773-2022, SL1292-2019, SL4092-2018 y SL4650-2017, entre otras).

Por ejemplo, en la Sentencia SL773-2022, reiterando la SL2770-2021, expresó:

“Y como se instruyó por la jurisprudencia en sentencia CSJ SL2770-2021 su causación no corresponde a un juicio subjetivo del actuar correcto de la parte, sino que:

[...] deben entenderse como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es Colpensiones, de modo que no es procedente acudir al postulado de la buena fe para su exoneración, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos”.

3.3. Así que, las solas circunstancias de haberse allanado a la demanda el extremo pasivo y haber actuado con lealtad procesal y buena fe, no excluye la condena en costas de salir avante las pretensiones de la demanda, porque aquéllas no excluyen el hecho de haber tenido el actor de hacerse a un abogado e incoar y sostener un proceso judicial, lo cual suscita innegablemente gastos y, por ende, le surge el derecho al pago de costas procesales.

3.4. Ahora, esta Sala en algunos eventos ha liberado de las costas al sujeto pasivo que se allana a la demanda; empero han sido en situaciones excepcionales en las que ese convocada nada pudo hacer para evitar el litigio judicial, lo cual aquí no acontece, puesto que la demandada bien pudo prevenir el litigio solicitando a la administradora de pensiones respectiva el cálculo actuarial y pagando la totalidad del mismo.

3.5. A lo dicho se suma, que, a pesar del allanamiento a los hechos y pretensiones de la demanda, la convocada formuló la excepción de prescripción, la cual fue declarada no probada en la sentencia recurrida.

3.6. Así que, el referido allanamiento a la demanda, *en el presente caso*, no puede ser motivo para tener al demandante como innmercido a las costas de la primera instancia.

No prospera entonces el reparo de la apelación en comentario.

#### **4. Las costas**

Dado la prosperidad parcial de la alzada, no hay lugar a condenar en costas por el trámite de la segunda instancia (Vid. CGP, art. 365-8°).

### **VII. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido que el título pensional por los aportes a pensión del demandante WILSON DE JESUS QUINTERO AGUDELO, que debe a pagar RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., corresponde a todo el periodo comprendido del 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 1998.

Radicación 23-001-31-05-004-2022-00126-01. Folio 122-2023.

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

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

Radicación 23-001-31-05-004-2022-00126-01. Folio 122-2023.

## Contenido

FOLIO 122-2023 .....	1
Rad. 23-001-31-05-004-2022-00126-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. ANTECEDENTES .....	1
1. La demanda.....	1
1.1. Pretensiones .....	1
2. Hechos.....	2
2. Contestación de la demanda y trámite.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA .....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	3
VI. CONSIDERACIONES .....	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico.....	4
2. Respecto al periodo de la condena al pago del cálculo actuarial .....	4
3. Respecto a las costas de la primera instancia.....	7
4. Las costas .....	9
VII. DECISIÓN.....	9
RESUELVE:.....	9
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	10



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULLIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 123-2023**

**Radicado n°. 23-001-31-05-002-2021-00260-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BERENICE DEL CARMEN HERNÁNDEZ LÓPEZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la recurrente.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, al estimar que no fue debidamente informada de los aspectos favorables o desfavorables del mismo. Asimismo, pide que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

### 2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito. Así, COLFONDOS, las que denominó: *inexistencia de perjuicios*; y, COLPENSIONES: *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, no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones; y, prescripción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma concentrada. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la demandante.

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

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada. Asimismo, reconoció el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 16 de abril de 2.019, en cuantía equivalente a \$1.343.197, al considerar que la demandante cumplió con la edad y densidad de cotizaciones requeridas y que, a partir de la aludida fecha, cabe predicar la desafiliación de la actora del sistema de pensiones.

### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES, apeló la sentencia, arguyendo que ese ente no participó o no fue parte en el traslado de régimen; que es el fondo privado quien debe asumir las consecuencias de la nulidad; que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que no procede el retorno al RPM, porque a la actora le faltan menos de 10 años para adquirir la pensión; que no hay lugar al retroactivo pensional, porque la demandante no se ha retirado del sistema; y, que no debe ser condenada en costas, porque actuó de buena fe, amén que éstas no se causaron.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos voceros judiciales de COLPENSIONES y de la parte demandante presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, reiterando lo que habían expuesto en la primera instancia.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

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

### **2. Problema jurídico a resolver**

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

100 de 1993 para causar y disfrutar la pensión de vejez, lo cual a su vez impone examinar: **(iv)** la densidad de cotizaciones de la actora para efectos del reconocimiento esa prestación pensional; **(v)** la cuantía de la pensión (IBL y tasa de reemplazo); y, **(vi)** el retroactivo pensional.

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

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

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

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

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

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

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las

sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

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

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

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

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

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

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima

media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

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

#### **4. Consecuencias de la ineficacia del traslado**

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

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia de todos los procesos, por lo que este tópico debe ser confirmado.

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

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

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

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

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar 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”.

## **5. Respecto a la pensión de vejez**

### **5.1. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003**

5.1.1. Dado que la actora cumplió los 57 años de edad después del 1 de enero de 2014, e incluso después del 2015, concretamente los cumplió el 6 de enero de 2019 (Vid. copia de la cédula de ciudadanía, PDF. *02 Demanda*), según el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debe contar, por lo menos, con 1.300 semanas, lo cual alcanzó a cumplir el 10 de septiembre de 2013.

5.1.2. Corolario de lo anterior es que la parte demandante sí causó la pensión de vejez el 6 de enero de 2019, según los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003.

### **5.2. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía y retroactivo pensional**

5.2.1. La A quo reconoció como monto pensional para el año 2019 el equivalente a \$1.343.197; para el 2020, el equivalente a \$1.394.238; y, para el 2021, el de \$1.864.216.

5.2.2. Lo anterior lo encuentra la Sala correcto y ajustado a derecho, porque, para establecer dicho monto pensional, determinó el IBL con una opción válida prevista en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los

salarios sobre los cuales cotizó el demandante durante toda la historia laboral, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, obteniendo un IBL de \$2.452.915; y, para establecer el quantum de la mesada pensional a partir del año 2019, la A quo deflactó ese IBL, y, además, observó lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, encontrando que la tasa de reemplazo a aplicar a dicho IBL es la del 76%.

5.2.3. Ahora, la A quo estimó que la actora se desafilió al sistema por la sola reclamación administrativa de reconocimiento de pensión de vejez que le hizo a COLPENSIONES el 16 de abril de 2.019, razón por la cual predicó desde esta fecha el disfrute de la pensión de vejez.

5.2.4. Lo anterior no es de recibo, porque en estos casos en que la parte demandante reclama el reconocimiento de la pensión de vejez de forma simultánea con su petición de su retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia de su traslado al RAIS, en principio, ha de acreditarse que aquélla efectivamente se desvinculó laboralmente o realmente se retiró del sistema (**Vid. CSJ Sentencias SL348-2023, SL3896-2022, SL3465-2022, SL2271-2022, SL2272-2022, SL367-2022 y SL905-2022**), lo cual aquí no aparece acreditado.

Es que, contrario a lo sentado por la A quo, no es dable concluir que COLPENSIONES haya obligado a la actora a seguir

cotizando con una negación injustificada del reconocimiento de la pensión de vejez, pues no le era dable a esa administradora de pensiones reconocer dicha pensión en sede administrativa, dado que la convocante aparecía vinculada al RAIS.

5.2.5. Dicho lo anterior, hay lugar a revocar la condena a COLPENSIONES de pagar el retroactivo pensional establecido en la sentencia apelada, y, en su lugar, se ha de disponer que la pensión de vejez le sea pagada a la demandante a partir del día siguiente al efectivo retiro del sistema de seguridad social en pensiones (**Vid. CSJ Sentencia SL3465-2022**).

5.2.6. En cuanto a la prescripción, no queda probada, porque el derecho a la pensión de vejez es imprescriptible; lo prescriptible son las mesadas pensionales causadas, que, en el caso, no las hay, porque, como se dijo, no es dable predicar aquí un retroactivo pensional.

## **6. Condena en costas en la primera instancia**

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

## 7. Costas

Dado que corresponde efectuar modificaciones favorables a COLPENSIONES, a la sentencia inicial, no hay lugar a imponer condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

## VII. DECISIÓN

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia, en el sentido que no hay lugar al retroactivo pensional señalado por la A quo en la parte motiva de esa sentencia, y, en su lugar, se dispone que la pensión de vejez deberá empezarse a pagar a BERENICE DEL CARMEN HERNÁNDEZ LÓPEZ, a partir del día siguiente al efectivo retiro del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, por lo que se tendrá en cuenta que el monto pensional para el año 2019 es el equivalente a \$1.343.197; para el 2020, el equivalente a \$1.394.238; para el 2021, el de

\$1.864.216,00; y, que deberá ser actualizado anualmente conforme al IPC que para estos efectos fije el DANE.

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

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

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 123-2023 .....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2021-00260-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda .....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA .....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	4
VI. CONSIDERACIONES .....	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado .....	9
5. Respecto a la pensión de vejez .....	11
5.1. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003 .....	12
5.2. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía y retroactivo pensional.....	12
6. Condena en costas en la primera instancia .....	14
7. Costas .....	15
VII. DECISIÓN .....	15
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	16
MARCO TULIO BORJA PARADAS .....	16



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 130-2022**

**Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00032-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas TEMPOSERVICIOS S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia 15 de marzo de 2023, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA – CÓRDOBA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUAN JACOBO CASTELLANO GUEVARA, en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y las recurrentes.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

El demandante solicita que **i)** se declare la existencia de un contrato de obra o labor entre ella y TEMPOSERVICIOS S.A.S, con extremos temporales de 1 de octubre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2019; **ii)** Que se declare que la terminación del contrato de trabajo que existía entre las partes, terminó de manera unilateral por el empleador; y **iii)** que se declare que las empresas E.S.E. HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A. son solidariamente responsables.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se solicita que solidariamente entre las demandadas que **i)** se condene al pago de diferentes conceptos económicos como salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción moratoria por no consignación de cesantías, indemnización por despido injusto, sanción por el no pago de sus salarios y prestaciones sociales; y **ii)** que se falle extra o ultra petita, así como la condena en costas a los demandados.

### **2. Trámite y contestación de la demanda**

2.1. Admitida la demanda, las demandadas TEMPOSERVICIOS S.A.S., HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., se notificaron

de la demanda y ejercieron su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la demandante.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron debidamente. En la última, se practicaron los testimonios de la señora LILIANA ESTHER PEREZ ATENCIA, así como el interrogatorio del representante legal de TEMPOSERVICIOS S.A.S., el señor PASCUAL MANUEL GARCES GALEANO.

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

A través de esta, el juez declaró que entre el señor JUAN JACOBO CASTALLANO GUEVARA y la sociedad EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES TEMPOSERVICIOS S.A.S. existieron varios contratos de obra o labor para prestar sus servicios en la empresa usuaria E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA desde el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2018 y desde el 1º de febrero hasta el 31 de octubre de 2019, y que la relación laboral se dio por terminada el día 31 de octubre de 2019 por terminación del contrato de trabajo por terminación de la obra o labor.

Fruto de la anterior declaración, condenó a la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES TEMPOSERVICIOS S.A.S. y solidariamente responsable de su pago a la empresa usuaria E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO hasta concurrencia del

valor asegurado que lo es en cuantía de \$97.472.959, a cancelar a la señora ANA DE JESUS BANDA REYES, el pago de los siguientes emolumentos laborales:

- Cesantías: \$816.397
- Intereses de Cesantías: \$61.756
- Primas de Servicios: \$816.397
- Vacaciones: \$517.465
- Indemnización moratoria establecida en el canon 29 de la Ley 789 de 2002 modificadorio del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo: \$\$27.603 pesos diarios desde el día 1 de noviembre de dos mil diecinueve (2019) hasta que se materialice el pago total de las prestaciones sociales adeudadas.

Se absolvió a la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES TEMPOSERVICIOS S.A.S., de las demás súplicas elevadas en el libelo demandatorio.

Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas las demandadas EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES TEMPOSERVICIOS S.A.S., E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO y a favor de la demandante, y como agencias en derecho la suma de \$1.786.100, correspondientes al cinco por ciento (5%) de las erogaciones laborales aquí reconocidas, acorde con lo signado en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PASS 16-10554 del

5 de Agosto de 2016 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; suma que deberá ser pagada solidariamente por las entidades accionadas.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

##### **1. Apelación Temposervicios S.A.S.**

La vocera judicial se mostró inconforme con la imposición de la sanción moratoria establecida en el art 65 de código sustantivo del trabajo, pues afirma que el no pago de los salarios y prestaciones al demandante se da por la omisión de un tercero, puesto que la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA le adeuda a TEMPOSERVICIOS una suma de dinero considerable que es suficiente para pagarle las prestaciones a los empleados que faltan por pago, y que en varias oportunidades se le enviaron varios correos y peticiones para solicitar el pago, así como una serie de acciones para llegar a un acuerdo sobre dicha deuda.

Por último, afirmó que, por el pago de los emolumentos solicitados, sin que la ESE le cancele las sumas de dinero que hoy le adeuda, podría la empresa TEMPOSIERVICIOS quedar en quiebra o ilíquida.

## **2. Apelación Seguros del Estado S.A.S.**

Muestra inconformidad con la sentencia al argüir, en apretada síntesis, que no le asiste la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST, amén de que el demandante carece de legitimación activa para pretender en contra de SEGUROS DEL ESTADO, porque aquél no es la asegurada ni la beneficiaria de las pólizas de seguros, sino la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos apoderados de TEMPOSERVICIOS y SEGUROS DEL ESTADOS, presentaron alegaciones de conclusión; el primero, insistiendo en la revocatoria de la sanción moratoria; y, el segundo, en la inexistencia de la responsabilidad solidaria que le fue deducida en la sentencia apelada.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

## **2. Problemas jurídicos para resolver**

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si hay lugar a la sanción moratoria del artículo 65 del CST; y, (ii) si cabe predicar la responsabilidad solidaria de SEGUROS DEL ESTADO S.A. con respecto a las condenas impartidas a la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA; y, para efectos de dilucidar este último interrogante, si es dable analizar oficiosamente si a dicha E.S.E. a su vez le asiste la responsabilidad solidaria en la que se fundamentó las condenas a ella impartidas.

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

Aduce la apoderada de TEMPOSERVICIOS que el no pago de las prestaciones que aceptan adeudarle a la demandante, obedece única y exclusivamente por la omisión de un tercero, en este caso, por omisión de la ESE HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA, el cual a la fecha le adeuda a su representada una suma considerable y que esto sería suficiente para terminar de cancelar a los trabajadores hoy demandantes por tener pagos pendientes.

En el interrogatorio, el representante legal de TEMPOSERVICIOS afirmó que la liquidación de salarios y

prestaciones no se le ha cancelado a la demandante porque la ESE les está adeudando una suma de dinero, y que TEMPOSERVICIOS tuvo la intención de cancelarle lo adeudado al demandante por sus medios, realizándole una oferta de pago que este no aceptó. Concluyó su interrogatorio manifestando que tienen otros contratos y tienen pasivos que le imposibilitan pagarle al demandante.

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

Con todo, así se aceptase la prueba de una profunda crisis económica de TEMPOSERVICIOS S.A.S. que le haya impedido el pago de salarios y prestaciones sociales a la demandante, dicha crisis no excluye de manera automática la imposición de la indemnización moratoria, como lo ha dicho la Honorable Corte en sentencias, tales como: **SL2922-2022, SL710-2021, SL1186-2019, SL286-2019, SL546-2018, SL16884-2016, SL3688-2017,**

**SL10551-2015, SL884-2013, SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; SL, 24 ene. 2012, rad. 37288; SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; y, SL, 1 jul. 2007, rad. 28024, entre otras.**

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

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

**rad. 34778; y, SL, 13 sep. 2018, rad. 7393**), ello en nada encuadra en la fuerza mayor o caso fortuito, la cual, insístase, debe ser probada.

Por lo anterior, no se acogerá el reparo de la apelación de la parte demandada y se mantendrá en firme la sanción moratoria.

#### **4. Respecto a la responsabilidad solidaria deducidas a la usuaria de los servicios temporales y a la empresa de seguros**

4.1. El A quo, en la sentencia apelada, estimó que la empresa de servicios temporales TEMPOSERVICIOS S.A.S. fue el verdadero empleador de la demandante, pero que a la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, quien fue la usuaria de dichos servicios temporales, le asiste la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST, por haberse beneficiado de los servicios prestado por la actora como trabajadora en misión.

4.2. Y, partiendo de la premisa anterior, el A quo predica la responsabilidad solidaria de SEGUROS DEL ESTADO S.A., al haber librado las respectivas pólizas de seguros que contrató la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA.

4.3. Como puede observarse, salta a la vista el mayúsculo desacierto del A quo en predicar la responsabilidad solidaria de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA, habida cuenta

que, como reiteradamente lo ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL178-2020, SL16350-2014; SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275; SL, 31 may. 2000, Rad. 12382; SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**), la relación de las empresas de servicios temporales y sus usuarias no encaja en la figura del contratista independiente y, por consiguiente, no cabe predicar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST, a no ser que hayan defraudado o socavado la legalidad del servicio temporal, caso en el cual se estaría en presencia de una usuraria ficticia, por ende, ésta sería la verdadera empleadora, en tanto que la E.S.T. sería la responsable solidaria; más este evento no fue lo que encontró el sentenciador inicial, ni tampoco fue lo propuesto con la demanda, razón por la cual la condena a la E.S.E. mencionada *resulta ser abiertamente ilegal y lesionadora del patrimonio público*.

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia **SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275, reiterando la SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**, señaló la Corte:

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T.

Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

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

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

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

debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión”.

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

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

(...).

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

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

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

del poder de subordinación sobre sus trabajadores en misión para el éxito del servicio contratado. Como ello es así, no existe la identidad requerida entre el supuesto de hecho de la norma y la situación de esta clase de empleadores que pueda dar lugar a la figura de la solidaridad laboral, por ser sabido que la mentada solidaridad, por ser una excepción a la regla universal de que quien debe pagar es el deudor directo de la obligación, no se puede aplicar por extensión o analogía, pues las excepciones son restrictivas, taxativas, expresas”.

4.3. Al ser ilegal la responsabilidad solidaria deducida por el A quo a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRAL, resultan improcedente las condenas impartidas a esta demandada, y, por consiguiente, también resulta equivocado la responsabilidad solidaria que se impuso con la sentencia recurrida a SEGUROS DEL ESTADO S.A., ya que si a su asegurado y beneficiario, esto es, la referida E.S.E., no le incumbe responsabilidad, por contera, tampoco le incumbe a su aseguradora.

4.4. Ahora, no escapa a la Sala que, los argumentos traídos a cuento por el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A. para excluir la responsabilidad solidaria de ésta, son distintos a los antes expuesto por la Sala. Sin embargo, ha de recordarse que el principio de consonancia que ha de observar el juez de la alzada (CPTSS, art. 66-A), lo que impone a éste es sujetarse a los temas de la apelación, mas no a los argumentos de la misma (**Vid. CSJ Sentencias SL174-2023, SC1641-2022, SL4217-2022 y SL1994-2019**).

4.6. Asimismo, ha de recordarse también que, en la apelación el juez que la decide le incumbe también resolver los aspectos o temáticas inescindibles o íntimamente vinculados con dicho recurso vertical. Al respecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción, invocando el artículo 328 del CGP, en la sentencia **SL174-2023** expresó:

“Lo dicho, con la necesaria precisión de que también podrán ser objeto de pronunciamiento jurisdiccional por parte del juez de segundo grado, todos aquellos aspectos no apelados, *i*) que atañen con derechos fundamentales (CSJ SL12869-2017, reiterada en la CSJ SL2808-2018); *iii*) **que están íntimamente ligados con el tópico recurrido**, de conformidad con el artículo 357 CPC, hoy **328 del CGP (CSJ SL7783-2017)** o, *iii*) que en garantía de elementos de raigambre superior deben definirse de oficio, como la declaración de falta de jurisdicción o de cosa juzgada (CSJ SL10610-2014 y CSJ SL11251-2017)”. Se destaca.

4.7. Además, la Honorable Sala de Casación Laboral, en la sentencia **SL440-2021**, reiterada, entre otras, en las sentencias **SL3429-2022, SL2585-2022, SL2752-2022, SL3394-2022 y SL2159-2022**), ha destacado como una de las excepciones al principio de congruencia cuando el juez advierta una situación abiertamente ilegal. Así lo expresó:

“(…) debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i)

el juez advierte fraude, colusión o **una situación abiertamente ilegal** que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo (...)"'. Se destaca.

Corolario de lo expuesto, es la revocatoria de las condenas impartida a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y, de contera, la impartida a la apelante SEGUROS DEL ESTADO S.A.; y, en lo demás, la confirmación del fallo apelado.

### **5. Costas**

Corresponde condenar a la parte demandante a pagar las costas de la primera instancia a la ESE HOSPITAL SAN DE TIERRALTA y a SEGUROS DEL ESTADO S.A., dado que éstas resultaron absueltas (CGP, art. 368-4°). La tasación de las agencias en derecho correspondiente a esa instancia inicial, corresponde al A quo (CGP, art. 366).

En cuanto al trámite de esta segunda instancia, no se impondrá condena en costas, porque, en lo atinente a la apelación de SEGUROS DEL ESTADO, ésta prosperó; y, en la correspondiente a la TEMPORSERVICIOS, no fue replicada por la parte actora.

## **VII. DECISIÓN**

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido que las excepciones de mérito de *responsabilidad exclusiva de Temposervicios S.A.S.* e *imposibilidad jurídica de condenar a la empresa social del Estado Hospital San José de Tierralta*, propuesta por dicha E.S.E., y la de *inexistencia de la obligación por parte de Seguros del Estado S.A.*, se **DECLARAN PROBADAS**, por las razones expuestas.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral quinto y sexto de la sentencia apelada, en el sentido de excluir de las condenas impartidas en dichos numerales, a las demandadas a E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., las que, por tanto, quedan absueltas de todas las condenas establecidas en dicha sentencia.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral octavo de la sentencia apelada, en el sentido de que es a la parte demandante a quien le incumbe pagar las costas de la primera instancia a las demandadas E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A., correspondiéndole al A quo tasar las respectivas agencias en derecho. Hágase claridad que la

condena en costas a TEMPORSERVICIOS S.A., en favor de la parte demandante, sí se mantiene.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL CAMILO MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 130-2022 .....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2021-00032-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN .....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. La demanda .....	2
2. Trámite y contestación de la demanda .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA .....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	5
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	6
VI. CONSIDERACIONES .....	6
1. Presupuestos procesales.....	6
2. Problemas jurídicos para resolver .....	7
3. Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST.....	7
4. Respecto a la responsabilidad solidaria deducidas a la usuaria de los servicios temporales y a la empresa de seguros .....	10
5. Costas .....	17
VII. DECISIÓN .....	17
RESUELVE: .....	18
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE .....	19
Contenido .....	20



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**MARCO TULLIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 080 - 2022**

**Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00373-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y las partes demandadas, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia 13 de febrero de 2023, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO MONTERÍA – CÓRDOBA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, en contra de INDEGA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

La demandante solicita que **i)** se declare que entre él e INDEGA S.A., existe un contrato laboral a término indefinido desde el día 05 de enero del 2000 sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaración, se solicita que se condene a INDEGA a **i)** cancelar al demandante las diferencias respecto al salario real que debía percibir como OPERARIO DE MONTACARGAS; **ii)** se le reconozcan diferentes beneficios sindicales; **iii)** y el pago de la reliquidación de sus cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y vacaciones; **iv)** que cancele las cotizaciones al fondo de pensiones teniendo en cuenta el reajuste salarial; v) el pago de la sanción por no pago oportuno de las cesantías e intereses de cesantías; y **iv)** que se indexen todas las condenas, y se ordene el pago de costas al extremo pasivo.

### **2. Trámite y contestación de la demanda**

2.1. Admitida la demanda, la demandada INDEGA S.A., se notificó de la demanda y ejerció su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la demandante y

realizando llamado en garantía el cual fue contestado por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron debidamente. En la última, se practicaron los testimonios de los señores LUIS CARLOS OCHOA FUENTES, LUIS EDUARDO DE HOYOS ACOSTA, MARCOS AURELIO MORALES FUENTES y LEONARDO SAMIR VILLALBA GUERRA, solicitados por la parte actora; FÉLIX ARTURO GUTIÉRREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO, pedidos por la demandada; así como los interrogatorios de parte a la representante legal de INDEGA S.A. y al demandante JHON JAIRO HERNANDEZ CUADRADO.

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

A través de esta, el juez declaró que entre el señor JOHN HERNANDEZ CUADRADO y el demandado INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGAS S.A. existe un contrato de trabajo desde el día 05 de enero del año dos mil (2000); que el demandante no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo al interior de la empresa INDEGA vigente para el año 2018; y declaró como responsable solidario de los salarios y prestaciones sociales legales que se han causado en virtud de la relación laboral, a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y como consecuencia de una nivelación salarial, el juez condenó a la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.-INDEGA S.A. a pagar al demandante señor JOHN HERNANDEZ CUADRADO, un total de \$87.647.599,00 de pesos, así como la diferencia superior en las cotizaciones dejadas de aportar respecto del demandante, con sus respectivos intereses moratorios.

Por último, absolvió a INDEGA y SEGUROS DEL ESTADO de las demás pretensiones, condenando a la primera al pago de costas.

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

##### **1. Apelación parte demandante**

El apoderado de la parte demandante se mostró inconforme con la declaratoria de que el señor JOHN HERNANDEZ CUADRADO no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo al interior de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS vigente para el año 2018, puesto argumenta que sí se demostró la afiliación del demandante al sindicato, ya que en su escrito de demanda, de folio 78 al 81, se encuentra una constancia de registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva de la organización sindical SINALTRAINAL,

en donde aparece el nombre del demandante, aseverando entonces que se debe reconocer cada uno de los beneficios sindicales.

## **2. Apelación Indega S.A.**

La apoderada se mostró inconforme con la totalidad de las condenas. Respecto a la declaratoria de INDEGA como verdadera empleadora del actor, pide que se valoren cada una de las pruebas aportadas toda vez que se encuentra acreditado que el verdadero empleador es la empresa CONTACTAMOS, ya que existen volantes de nómina e historia laboral donde se evidencia que los pagos y salarios fueron hechos por CONTACTAMOS, y que no se demostró que su representada haya cancelado algún tipo de emolumento laboral, ni hay especificidad de cuales fueron los superiores jerárquicos.

Con respecto al pago de las diferencias salariales o nivelación con un operario de montacargas de INDEGA, solicita que se revoque esta condena toda vez que el a quo no tuvo en cuenta que respecto al señor Leoncio Vega con el cual el demandante pretende compararse y que desarrollaba el cargo de operador de montacargas al interior de INDEGA, existen diferencias sustanciales en cuanto a las funciones desarrolladas por ambos, que el demandante no acreditó al interior del proceso que desempeñara exactamente las mismas funciones ni la misma intensidad horaria, ni el mismo grado académico o experticia para

poder devengar el mismo salario que el señor Leoncio Vega, que incluso se encuentra acreditación de que el señor estaba vinculado a INDEGA desde 1979, es decir, que para el año 2000 cuando el demandante ingresó a trabajar, ya el señor Leoncio llevaba 20 años en la compañía lo cual es un factor objetivo.

De manera subsidiaria, pide que se mantenga la declaratoria de que el demandante no se encuentra afiliado al sindicato ya que no está demostrado, y que si se encuentra que está afiliado, que se tenga en cuenta que el demandante se vinculó a SINALTRAINAL seccional Montería a partir de mayo de 2018, entonces en el caso que se decida emitir condena, que la misma sea ordenada desde 2018, año desde que se afilió según obra en la demanda.

### **3. Apelación Seguros del Estado**

La apoderada se mostró inconforme con la decisión del A Quo, manifestando que el despacho no tuvo en cuenta que INDEGA no tuvo subordinación sobre el demandante y que quedó demostrado que CONTACTAMOS fue una contratista independiente.

Afirma que el A Quo no tuvo en cuenta que existe una ausencia de cumplimiento de póliza de tipo particular respecto a los salarios incumplidos con el asegurado, pues dentro de las condiciones generales se establece que el amparo cubre al

asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral, esto sería, a cargo de CONTACTAMOS, no a cargo de INDEGA, que por tanto, este amparo cubre los salarios dejados de pagar por el contratista, es decir, el outsourcing CONTACTAMOS, quien cumplió con sus obligaciones laborales y salariales.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Tanto el vocero judicial de la parte demandante como los de las partes del extremo pasivo, presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con la sustentación, pues en esta etapa no es dable formular inconformidades no planteadas en aquélla (**Vid. CSJ Sentencia SL4430-2014**).

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

### **2. Problemas jurídicos para resolver**

Por virtud de las inconformidades planteadas en la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: (i) si el actor ha venido prestando sus servicios personales a favor de INDEGA, a través de diversos intermediarios y no de contratistas independientes y, por ende, es esa empresa la que es su verdadera empleadora; de ser así, si el demandante (ii) tiene derecho a la nivelación salarial; (iii) a los beneficios convencionales reclamados con la demanda y, en caso afirmativo, si todos lo deben ser a partir de la suscripción de la CCT 2018 - 2020 (en adelante «la CCT»); (iv) a la reliquidación de las prestaciones sociales; (v) al pago de las diferencias de aportes pensionales; y, (vi) a la indexación. Finalmente, (vii) si erró el A quo al condenar a Seguros del Estado S.A., por las condenas impuestas.

### **3. Indega S.A., la verdadera empleadora del demandante**

3.1. La Sala encuentra como hecho claramente acreditado por la parte demandante, que éste, siendo vinculado sucesivamente por diversos contratistas, ha prestado sus servicios personales en las instalaciones de INDEGA (Antes Embotelladora Román), para beneficio de ésta, sin solución de continuidad, por lo menos, desde el año 2.000, y hasta, por lo menos, a la fecha del inicio de la celebración de la última audiencia del artículo 80 del CPTSS (13 de febrero de 2023), los continuaba prestando.

Es decir, alrededor de 23 años por lo menos, abarca esa prestación continua de los servicios del demandante en beneficio de INDEGA, y en las instalaciones de ésta, siempre contratado o vinculado supuestamente por algún contratista independiente (Asocooc Ltda y Contactamos).

4.2. Por virtud de todo lo dicho, es de aceptarse la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, desde el 05 de enero de 2000 y hasta, por lo menos, el 13 de febrero de 2023.

4.3. Para desvirtuar la anterior presunción, la labor probatoria de INDEGA S.A. se limitó a tratar de acreditar la subordinación del actor a CONTACTAMOS, y, además, la legalidad de la tercerización de sus actividades logísticas a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, dejando de lado todo el tramo temporal anterior (del 05/01/2000 al 20/11/2006) en los que el actor prestó sus servicios en las instalaciones de ella –de INDEGA (antes EMBOTELLADORA ROMÁN)-, a través de ASOCOOC LTDA.

4.4. Y, en punto al espacio temporal en que JHON JAIRO HERNANDEZ CUADRADO ha prestado o venido prestando sus servicios personales a través CONTACTAMOS (desde el 22/11/2006), en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de tales servicios, a juicio de la Sala, también se impone aceptar como verdadera empleadora de aquél, a INDEGA, a pesar

de la labor probatoria de esa empresa con documentos (contratos comerciales y contrato de trabajo del actor) y testimonios (los de FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO), tratando de acreditar la subordinación de ese trabajador a CONTACTAMOS y la tercerización de sus operaciones o actividades logísticas a CONTACTAMOS.

4.4.1. En efecto, en la tercerización o externalización, a diferencia de la intermediación, el tercero o contratista provee bienes o servicios, más no es de su resorte limitarse al sólo suministro de mano de obra o de trabajadores, pues, no es la provisión de personal, sino, como se dijo, de bienes o servicios lo caracterizador y permitido en este modo de descentralización de las actividades (Vid. Sentencias SL4479-20, SL467-2019 y SL3171-2019). La sola provisión de personal únicamente le es permitida a las empresas de servicios temporales, bajo condicionamientos de temporalidad y para determinados fines o necesidades, que, de no ser observados, troca al beneficiario en un usuario ficticio y, por ende, en verdadero empleador del trabajador (Vid. Ley 50 de 1990, arts.70 a 94).

En el caso, entonces, el quid no es si a INDEGA le era dable o no tercerizar sus actividades u operaciones logísticas. Ello, entiende la Sala, le es perfectamente posible, pues se acepta que son actividades conexas o de apoyo a su actividad principal de producción; empero, esa tercerización, a fin de ser legítima, no

puede consistir única y exclusivamente en proveer mano de obra, que es lo aquí acontecido, ya que acreditado está que es sólo eso lo aportado por CONTACTAMOS: mano de obra o trabajadores uniformados, a saber: Operadores logísticos y un coordinador. Ningún otro valor agregado aporta.

4.4.2. Ni aún las órdenes que el Coordinador de CONTACTAMOS da al demandante, resulta suficiente para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo de éste con INDEGA, porque hay otros indicios de laboralidad que fortalecen esa presunción y que reducen tales órdenes a la sola función de agrupar o coordinar los servicios de trabajadores, lo cual no es suficiente para aceptar la legitimidad de la tercerización, ya que ello no escapa del ámbito de la intermediación, tal como claramente lo estipula el numeral 2° del artículo 35 del CST.

En efecto, no puede pasarse por alto que, por ejemplo, la actividad de montacarga, que es la que ha venido realizando el actor en las propias instalaciones de INDEGA, también se hace con maquinaria (montacargas) de propiedad de esa supuesta comitente: INDEGA.

Ahora, si bien se manifiesta que en octubre del año 2021, la empresa CONTACTAMOS adquirió máquinas montacargas para que sus operadores logísticos desarrollaran sus funciones como montacarguistas, esto fue con posterioridad a la demanda, además de los testigos se extrae que aún existen máquinas de

propiedad de INDEGA y que es esta la encargada de financiar sus repuestos y realizarle mantenimientos. Esto lo podemos apreciar con los testimonios de, por ejemplo, el señor MARCO AURELIO MORALES FUENTES, el cual se encargaba de reparar las montacargas y abastecerlas de gas, quien aseguró que los repuestos y combustibles los financiaba INDEGA; o el testigo citado por la parte demandada, el señor MARIO ABELLO, quien aseguró que el pago de combustible no estaba a cargo de CONTACTAMOS, afirmando no saber quién financiaba la adquisición del gas para las montacargas, además expresa que el mantenimiento estaba a cargo de un tercero cuando por la operación el equipo presentaba daños, y que CONTACTAMOS solo cubría gastos cuando el daño se le atribuía a dicha empresa, manifestando que no le consta quién asumía el costo de los daños cuando no era CONTACTAMOS quien los ocasionaba.

4.4.3. Por otra parte, la persistente injerencia de trabajadores directos de INDEGA (ALIRIO PLAZAS y LEONID BURGOS) en las labores realizadas por el demandante, así esas injerencias puedan calificarse como actos de coordinación o incluso de supervisión, y no de subordinación, por efectuarse la mismas, como se dijo, de forma persistente, y, precisamente, en los precisos momentos de ejecución de la actividad, la que consistió, como se dijo, en la conducción de vehículos de la empresa comitente (montacargas), en las instalaciones de ésta, y, además, en el armamento, clasificación, cargue y descargue de materia prima que es también de esa

misma empresa, permiten concluir la integración del actor en la estructura organizativa de dicha empresa, lo cual es otro indicador de la relación de trabajo (Vid. Recomendación n.º 198 de la OIT). Al respecto, ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4479-2020:

“Al respecto, a modo de doctrina autorizada, conviene recordar que de acuerdo con la Recomendación n.º 198 de la OIT, uno de los indicadores de la relación de trabajo es la «integración del trabajador en la organización de la empresa», criterio que en tratándose de empresas en red o grupos empresariales es bastante útil para definir quién es el verdadero empleador, y que, en este caso, se refleja en el hecho de que los accionantes estaban asignados a las sedes de Codensa S.A., conducían sus vehículos, transportaban (...) sus materiales, y seguían las rutas prediseñadas por esta sociedad. Es decir, hacían parte de la estructura organizativa o productiva de Codensa (...)”.

Y, en la sentencia SL3795-2020, mismo órgano de cierre discurrió así:

“Claramente no se explica cómo si el demandante era genuinamente trabajador al servicio de Técnicos y logística de la costa SAS, **existía una constante injerencia de Indega SA en las labores que debía ejecutar, desvirtuando la existencia de una estructura propia y un aparato productivo especializado**, por lo que no se aprecia equivocada la conclusión que el colegiado extrajo de esa prueba”. Se destaca.

4.4.4. Se suma a lo dicho, que el trabajo del demandante siempre lo ha efectuado únicamente en beneficio de INDEGA y no de otros clientes de CONTACTAMOS, lo cual es también indicio de relación laboral con la beneficiaria de los servicios, según la mentada Recomendación n.º 198 de la OIT y la predicha sentencia SL4479-2020:

“El trabajo era efectuado únicamente en beneficio de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y no de otros clientes de Galaxtet, criterio que también ha sido incluido en la Recomendación n.º 198 de la OIT como indicativo de una relación de trabajo”.

Es más, por espacio mayor a los 20 años INDEGA (antes EMBOTELLADORA ROMÁN) ha acudido sucesivamente a diversos contratistas independientes, y, todos ellos han utilizado los servicios personales continuos del demandante, lo cual es otro indicio de relación laboral (Vid. Sentencia SL3795-2020).

4.4.5. Es que, en últimas, según la realidad probatoria que ofrece el presente proceso, lo que ha realizado CONTACTAMOS, esto es, suministrar trabajadores uniformados (coordinador y operarios), para que ejecuten actividades en instalaciones de la comitente o beneficiaria, con maquinarias y materia prima también de la comitente, no dista, objetivamente, en nada con lo que hacen las empresas de servicios temporales. Ni siquiera el tema de las órdenes

impartidas por un Coordinador, empleado de CONTACTAMOS, denota diferencia con el actuar de las empresas de servicios temporales, pues si bien es cierto que, en el marco de los trabajadores en misión que suministran dichas empresas de servicios temporales, éstas delegan en la usuaria la subordinación, también es cierto que nada se opone a que igualmente ellas ejerzan el poder subordinante.

A todas estas, en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como consecuencia de la aparición de nuevas formas de organización de trabajo y de una nueva realidad productiva, de tal suerte que, para predicar la relación de trabajo, la nota de la dependencia no ha de exigirse de forma rígida, sino flexible, para lo cual resulta de suma importancia establecer si el trabajador ha sido realmente integrante de la organización de trabajo del empresario beneficiario de sus servicios.

En efecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, en la pluricitada sentencia SL4479-2020 expresó:

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario

que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal” (Destaca y subraya la Sala la conjunción disyuntiva “o” del texto).

Y, a modo de ilustración, también resulta pertinente la siguiente cita del derecho laboral comparado, concretamente la sentencia del Tribunal Supremo Español STS 2924/2020, recurso 4746/2019, en la que discurrió:

“Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. (...). La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas

(...).

Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) (...). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la

dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial”.

(...).

(...) no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso”.

Lo dicho se estima suficiente para concluir que la real empleadora del demandante, es la demandada INDEGA S.A., y al no prosperar la apelación respecto a este punto, es procedente dilucidar los demás interrogantes que también conforman el problema jurídico planteado en esta segunda instancia.

#### **4. Respecto a la nivelación salarial**

7.1. Aduce la apoderada de INDEGA, que el a quo no tuvo en cuenta que respecto al señor LEONCIO VEGA con el cual el demandante pretende compararse y que desarrollaba el cargo de operador de montacargas al interior de INDEGA, existen diferencias sustanciales en cuanto a las funciones desarrolladas por ambos, que el demandante no acreditó al interior del proceso que desempeñara exactamente las mismas funciones ni la misma intensidad horaria, ni el mismo grado académico o experticia para poder devengar el mismo salario que el señor LEONCIO VEGA, que incluso se encuentra acreditación de que el señor estaba vinculado a INDEGA desde 1979, es decir, que para el año 2000

cuando el demandante ingresó a trabajar, ya el señor Leoncio llevaba 20 años en la compañía lo cual es un factor objetivo.

7.2. Cabe aclarar entonces, que el único referente de trabajador de INDEGA con labores idénticas a las realizadas por el demandante, que se hizo énfasis con la prueba testimonial, y, más específicamente en cuanto al monto de su salario, fue el del señor LEONCIO VEGA.

Sin embargo, no cabe aquí predicar el reajuste salarial pretendido por el demandante, que podría tener sustento en el principio de igualdad, más concretamente en su expresión de «a trabajo igual, salario igual» (Vid. C.P. art. 53; y, CST, art. 143), habida cuenta que, quedó acreditado, que el trabajador LEONCIO VEGA tenía más experiencia y mucho más antigüedad que el demandante, lo cual, a la luz de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencia SL, 10 junio 2005, radicado 24272, reiterada en las SL5464-2015 y SL4472-2019, entre otras), es un parámetro objetivo y razonable para aceptar diferencias en los montos de los salarios entre trabajadores. En efecto, en ese primer precedente señaló la Corte:

“Es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado,

tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.”. Se destaca.

7.3. Dicho lo anterior, prosperará este reparo de la apelación de la parte demandada INDEGA.

## **6. Derecho del actor a los beneficios convencionales reclamados con la demanda**

6.1. En el expediente obra la CCT 12018 a 2020 suscrita por INDEGA y SINALTRAINAL, entre otros sindicatos.

6.2. No está acreditado el carácter mayoritario de ese sindicato, pero sí la afiliación del actor al mismo, por lo menos, desde el 10 de mayo de 2018, pues en esa data se registró su condición de afiliado, y, además, de integrante de la junta directiva de un comité seccional de esa organización sindical, según certificación de la Inspección del Trabajo que obra en las páginas 78 a 81 del expediente escaneado, cuaderno uno.

6.3. Luego, al ser el demandante realmente un trabajador de INDEGA y estar afiliado al sindicato SINALTRAINAL, con quien aquélla suscribió las mentadas CCT, tiene aquél –el demandante- derecho a los beneficios convencionales, empero desde la fecha en que aparece registrada su afiliación, según la constancia antes aludida, es decir, desde el 10 de mayo de 2018.

6.4. Así que, el derecho del actor a los beneficios convencionales previstos en la CCT 2018 – 2020, es porque, además de ser trabajador realmente de INDEGA, desde el 10 de mayo de 2018 se encuentra afiliado al sindicato SINALTRAINAL, organización ésta que es parte de la mentada CCT, la que, dicho de paso, en su artículo 1° establece:

“La presente CCT se aplica a los trabajadores de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. afiliados a SINALTRAINAL, incorporando las normas y obligaciones y en ningún caso se aplicará doble beneficio”.

Pásese entonces a estudiar la procedencia y liquidación de los beneficios convencionales previstos en dicha CCT y que aparece reclamados en la demanda.

## **7. Procedencia y liquidación de los beneficios convencionales – CCT 2018 a 2020 –**

7.1 En la demanda se reclamaron las siguientes prestaciones convencionales: *Incremento salarial, Auxilio de alimentación, auxilio de transporte* y las primas extralegales de *junio, navidad, vacaciones y antigüedad*.

7.2. Se estudiarán entonces esos rubros y, de ser procedentes, se liquidarán. Ahora, el estudio y liquidación de los

mismos se hará a la luz de la CCT 2018 – 2020, porque es la vigente para el momento de la afiliación del demandante al sindicato que la suscribió: 10-mayo-2018. Esto también significa que, sólo a las prestaciones convencionales causadas con posterioridad a dicha fecha, es que podría tener derecho el pretensor. De otra parte, se harán las liquidaciones hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, por no estar acreditado que el demandante continuó trabajando con posterioridad a dicha data

7.3. Finalmente, para efectos de la liquidación de las prestaciones convencionales a que pueda tener derecho el demandante, téngase en cuenta que, de los medios probatorios aportados, solo yace prueba del salario devengado por el demandante para octubre del año 2018 (Página 69 del cuaderno 1), donde se colige que devengaba un salario base de \$781.242 pesos, correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente para ese año.

Por no existir pruebas de los salarios devengados para los siguientes años, se asumirá que el actor devengó en esas anualidades el salario mínimo legal y, además, por así haberlo confesado, también se asumirá que todas las prestaciones laborales de índole legal le fueron pagadas.

## **8. Incremento salarial convencional –art. 28 CCT 2018 - 2020**

8.1. El artículo 28 de la CCT 2018 – 2020, concede este derecho a los trabajadores de INDEGA que tienen asignación fija. Tales trabajadores, infiere la Sala a partir de lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 48 de esa misma CCT, son aquellos trabajadores cuyo salario no se determina a base de comisiones. Como no hay prueba que el salario del demandante es a base de comisiones, tiene entonces derecho a este incremento.

8.2. Según el mentado artículo 28 convencional, para el año 2018 el incremento del salario es del 4,45%; y, para el 2019, es del IPC más 1.15 puntos, arrojado en el período comprendido entre 1 de marzo de 2018 al 28 de febrero de 2019, o sea 4,16%.

8.3. No se liquida el incremento del 2020 y siguiente, en primer término, porque la CCT 2018 – 2020 sólo prevé el incremento para los años 2018 y 2019

8.4. Así las cosas, los montos que, por concepto de incremento convencional tiene derecho el actor, son los que dan cuenta las siguientes tablas explicativas:

Rad. 23-001-31-05-004-2018-00373-01 Folio 080-2023.

<b>INCREMENTO SALARIAL CONVENCIONAL – ART. 28 CCT</b>					
<b>Año</b>	<b>Salario certificado</b>	<b>Incremento convencional</b>	<b>salario con aumento convencional</b>	<b>Salario Mínimo mensual vigente</b>	<b>Diferencia</b>
2018	\$ 781,242.00	4.45%	\$ 816,007.00	\$ 781,242.00	\$ 34,765
2019		4.16%	\$ 849,953.00	\$ 828,116.00	\$ 21,837

<b>DIFERENCIAS A PAGAR POR CONCEPTO DE INCREMENTO CONVENCIONAL SALARIAL</b>			
<b>Período</b>	<b>Promedio correcto</b>	<b>Promedio pagado</b>	<b>Diferencia de Salario</b>
may-18	571,205	546,869	24,336
jun-18	816,007	781,242	34,765
jul-18	816,007	781,242	34,765
ago-18	816,007	781,242	34,765
sep-18	816,007	781,242	34,765
oct-18	816,007	781,242	34,765
nov-18	816,007	781,242	34,765
dic-18	816,007	781,242	34,765
ene-19	828,116	828,116	-
feb-19	828,116	828,116	-
mar-19	849,953	828,116	21,837
abr-19	849,953	828,116	21,837
may-19	849,953	828,116	21,837
jun-19	849,953	828,116	21,837
jul-19	849,953	828,116	21,837
ago-19	849,953	828,116	21,837
sep-19	849,953	828,116	21,837
oct-19	849,953	828,116	21,837
nov-19	849,953	828,116	21,837
dic-19	849,953	828,116	21,837
ene-20	877,803	877,803	-
feb-20	877,803	877,803	-
<b>TOTAL</b>			<b>486,061</b>

8.5. Entonces, el total a reconocer por concepto de incremento convencional es la suma de \$486.061,00. Y, al respecto, aclárese que en los meses enero y febrero de 2.019 y 2.020, no se reconoce dicho incremento, porque el monto del incremento legal al salario mínimo resultaba mayor.

## 9. Prima extralegal de junio – art. 48 CTT 2018 a 2020 -

9.1. Esta prestación se causa por cada año de vigencia de la convención. Como dicha convención empezó su vigencia el 1 de marzo del 2018 (fl.125, c-1), ello significa que para esa anualidad del 2018 no se causó esta prima, sino para el año 2019, pues en el 2018 no alcanzó a tener un año de vigencia.

9.2. Ahora, para la liquidación de esta prima ha de tenerse en cuenta el promedio salarial de los seis (6) meses inmediatamente anteriores (Vid. Arts.37 y 48, CCT) y que la misma corresponde a 27 días de salario por cada año de vigencia.

Por consiguiente, el actor tiene derecho a los montos por concepto de prima extralegal de junio que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

<b>PRIMA EXTRALEGAL DE JUNIO - ART. 48 CCT</b>		
<b>PERIODO</b>	<b>Salario base promedio convencional</b>	<b>Prima extralegal Junio</b>
2018	\$ 0.00	\$ 0.00
2019	\$ 1,032,176.00	\$ 928,958.00
2020	\$ 1,077,417.00	\$ 969,675.00
2021	\$ 1,115,040.00	\$ 1,003,536.00
2022	\$ 1,224,282.00	\$ 1,101,854.00
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 4,004,023.00</b>

## 10. Prima extralegal de navidad – art. 49 CTT 2018 a 2020 -

10.1. Esta prestación, al igual que la anterior, está condicionada a cada año de vigencia de la CCT, por lo que no hay lugar a ella durante el 2018, porque, como se dijo en el acápite anterior, el primer año de vigencia se dio en el 2019.

10.2. En su liquidación interesa el promedio salarial de los seis (6) meses inmediatamente anteriores (Vid. Arts.37 y 49, CCT) y que la misma corresponde a 38 días de salario por cada año de vigencia.

Luego, el actor tiene derecho a los montos por concepto de prima extralegal de navidad que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

<b>PRIMA EXTRALEGAL DE NAVIDAD – ART. 49 CCT</b>		
<b>Año</b>	<b>Salario base convencional</b>	<b>Prima extralegal Navidad</b>
2018	\$ 0.00	\$ 0.00
2019	\$ 1,040,705.00	\$ 1,318,226.00
2020	\$ 1,078,937.00	\$ 1,366,654.00
2021	\$ 1,115,930.00	\$ 1,413,511.00
2022	\$ 1,227,362.00	\$ 1,554,659.00
<b>TOTAL</b>		\$ 5,653,050.00

## **11. Prima extralegal de vacaciones – art. 50 CTT 2018 a 2020 -**

11.1. Esta prestación, al igual que las anteriores, está condicionada a cada año de vigencia de la CCT, por lo que no

hay lugar a ella durante el 2018, porque, como se ha dicho, el primer año de vigencia de la convención se dio en el 2019.

11.2. Esta prima corresponde a 34 días de salario por cada año de vigencia de la Convención. En cuanto a su liquidación, el artículo 37 de la Convención establece que se tiene en cuenta el promedio salarial de los seis (6) meses inmediatamente anteriores, en tanto que el artículo 50 señala que es el salario que devengue el trabajador al momento de su disfrute. Como no está acreditada la fecha en que el demandante disfrutó las vacaciones del 2019, se procederá a su liquidación como lo establece el mentado artículo 37.

Luego, el actor tiene derecho a los montos por prima extralegal de vacaciones que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

<b>PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES – Art. 50 CCT</b>		
<b>Año</b>	<b>Salario base convencional</b>	<b>Prima extralegal de vacaciones</b>
<b>2018</b>	\$ 994,188.00	0
<b>2019</b>	\$ 1,040,705.00	\$ 1,179,466.00
<b>2020</b>	\$ 1,078,937.00	\$ 1,222,795.00
<b>2021</b>	\$ 1,115,930.00	\$ 1,264,721.00
<b>2022</b>	\$ 1,227,362.00	\$ 1,391,010.00
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 5,057,992.00</b>

**12. Prima extralegal de antigüedad – art. 51 CTT 2018 a 2020 -**

12.1. Esta prestación corresponde a 15 días de salario para los trabajadores que tienen más de 15 años de servicios y menos de 20; y, 20 días de salario para quienes tengan 20 años o más de servicios. Para su liquidación ha de tenerse en cuenta el promedio de salarios devengados durante los 6 meses anteriores (Vid. Art.37, CCT 2018 - 2020).

12.2. Luego, los montos por concepto de este beneficio convencional a los que tiene derecho el actor, son los que dan cuenta la siguiente tabla explicativa:

<b>PRIMA EXTRALEGAL DE ANTIGÜEDAD – ART. 51 CCT</b>		
<b>Año</b>	<b>Salario base convencional</b>	<b>Prima extralegal Antigüedad</b>
<b>2019</b>	\$ 997,676.00	\$ 498,838.00
<b>2020</b>	\$ 1,046,317.00	\$ 697,545.00
<b>2021</b>	\$ 1,084,657.50	\$ 723,105.00
<b>2022</b>	\$ 1,132,962.00	\$ 755,308.00
<b>2023</b>	\$ 1,257,934.33	\$ 838,623.00
<b>Total por prima de antigüedad:</b>		<b>\$ 3,513,419.00</b>

### **13. Auxilio extralegal para alimentación – art. 63 CTT 2018 a 2020 -**

13.1. Este auxilio corresponde a \$2.999 diarios para el primer año de vigencia de la Convención; y, para los siguientes

años, sobre la cifra anterior, se aplicará un incremento equivalente al IPC nacional más 1,15 puntos.

13.2. Entonces, los montos a que tiene derecho el demandante por este auxilio convencional son los que dan cuenta la siguiente tabla explicativa:

<b>Auxilio para alimentación</b>				
<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>Días</b>	<b>Auxilio para alimentación diario</b>	<b>Total auxilio en todo el período</b>
10/05/2018	28/02/2019	291	\$ 2,999.00	\$ 872,709.00
01/03/2019	29/02/2020	360	\$ 3,124.00	\$ 1,124,640.00
01/03/2020	28/02/2021	360	\$ 3,276.00	\$ 1,179,360.00
01/03/2021	28/02/2022	360	\$ 3,365.00	\$ 1,211,400.00
01/03/2022	13/02/2023	343	\$ 3,673.00	\$ 1,259,839.00
<b>Total por auxilio para alimentación:</b>				<b>\$ 5,647,948.00</b>

#### **14. Auxilio extralegal de transporte – art. 62 CTT 2018 a 2020 -**

Está previsto este auxilio convencional para todos los trabajadores afiliados cuyo salario sea inferior a tres (3) veces el salario mínimo legal. No obstante, como su monto es el mismo del auxilio legal de transporte, y el actor, en el interrogatorio que absolvió, confesó que recibió el pago de todas las acreencias laborales de orden legal, y, además, en la demanda no se planteó la falta de pago de éstas, sino el de los beneficios convencionales, no hay lugar a liquidar el auxilio en comentario.

## 15. Diferencias prestacionales

15.1. Teniendo en cuenta que el demandante no ha planteado en la demanda la falta de pago de las prestaciones sociales y vacaciones, sino su pago deficitario, en el sentido que el monto de las mismas debió ser superior por razones del incremento y demás beneficios convencionales a que tiene derecho, por ser su real empleador la demandada INDEGA, ha de concluirse:

a) *Primero*: que al demandante le pagaron, por lo menos, los montos que, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones de 2.018 a febrero 2.023, da cuenta la siguiente tabla explicativa:

LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DE ORDEN LEGAL PAGADAS AL DEMANDANTE							
AÑO	SALARIO BASE PARA PRESTACIONES LEGALES	DÍAS LABORADOS	CESANTÍAS	INTERESES CESANTÍAS	P. SERVICIO	VACACIONES	TOTAL
2018	\$ 781,242.00	231	\$ 501,297.00	\$ 38,600.00			\$ 539,897.00
2019	\$ 828,116.00	360	\$ 828,116.00	\$ 99,374.00	\$ 828,116.00	\$ 414,058.00	\$ 2,169,664.00
2020	\$ 877,803.00	360	\$ 877,803.00	\$ 105,336.00	\$ 877,803.00	\$ 438,902.00	\$ 2,299,844.00
2021	\$ 908,526.00	360	\$ 908,526.00	\$ 109,023.00	\$ 908,526.00	\$ 454,263.00	\$ 2,380,338.00
2022	\$ 1,000,000.00	360	\$ 1,000,000.00	\$ 120,000.00	\$ 1,000,000.00	\$ 500,000.00	\$ 2,620,000.00
TOTAL PAGADO AL DEMANDANTE:							\$ 10,009,743

b) *Segundo*: que, al demandante, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones de 2.018 a febrero 2.023, le

debieron pagar los montos que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DE ORDEN LEGAL QUE SE DEBIÓ PAGAR							
AÑO	SALARIO CONVENCIONAL BASE PARA PRESTACIONES LEGALES	DÍAS LABORADOS	CESANTÍAS	INTERESES CESANTÍAS	P. SERVICIO	VACACIONES	TOTAL
2018	\$ 905,977.00	231	\$ 581,335.00	\$ 44,763.00			\$ 626,098.00
2019	\$ 1,266,533.00	360	\$ 1,266,533.00	\$ 151,984.00	\$ 1,266,533.00	\$ 633,267.00	\$ 3,318,317.00
2020	\$ 1,330,045.00	360	\$ 1,330,045.00	\$ 159,605.00	\$ 1,330,045.00	\$ 665,023.00	\$ 3,484,718.00
2021	\$ 1,376,104.00	360	\$ 1,376,104.00	\$ 165,132.00	\$ 1,376,104.00	\$ 688,052.00	\$ 3,605,392.00
2022	\$ 1,508,886.00	360	\$ 1,508,886.00	\$ 181,066.00	\$ 1,508,886.00	\$ 754,443.00	\$ 3,953,281.00
<b>TOTAL LIQUIDACIÓN</b>							<b>\$ 14,987,806.00</b>

c) Y, *tercero*: que, entonces, los montos concernientes a las *diferencias* por concepto prestaciones sociales y vacaciones de 2.018 a febrero 2.023, que se ha de reconocer al demandante, son los que da cuenta la siguiente tabla explicativa:

DIFERENCIAS A PAGAR POR LA DEMANDADA AL DEMANDANTE						
Concepto:	Por año 2018	Por año 2019	Por año 2020	Por año 2021	Por año 2022	Total
Cesantías	\$ 80,038.00	\$ 438,417.00	\$ 452,242.00	\$ 467,578.00	\$ 508,886.00	\$ 1,947,161.00
I. Cesantías	\$ 6,163.00	\$ 52,610.00	\$ 54,269.00	\$ 56,109.00	\$ 61,066.00	\$ 230,217.00
P. Servicio	\$ 0.00	\$ 438,417.00	\$ 452,242.00	\$ 467,578.00	\$ 508,886.00	\$ 1,867,123.00
Vacaciones	\$ 0.00	\$ 219,209.00	\$ 226,121.00	\$ 233,789.00	\$ 254,443.00	\$ 933,562.00
<b>Total a pagar al demandante:</b>						<b>\$ 4,978,063.00</b>

## 16. Diferencias de aportes pensionales

Para efectos de la reliquidación y pago de los aportes pensionales por el periodo comprendido desde el 10 de mayo de 2018 (afiliación del actor al sindicato) hasta el 13 de febrero de

2023 fecha de la sentencia de primera instancia), se deberá tener en cuenta las diferencias salariales dejadas de pagar en dicho periodo, que, recuérdese, son las siguientes:

<b>DIFERENCIAS SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA PAGAR EL CONCEPTO DE DIFERENCIAS DE APORTES PENSIONALES</b>			
<b>Período</b>	<b>Promedio correcto</b>	<b>Promedio pagado</b>	<b>Diferencia de Salario</b>
may-18	571,205	546,869	24,336
jun-18	816,007	781,242	34,765
jul-18	816,007	781,242	34,765
ago-18	816,007	781,242	34,765
sep-18	816,007	781,242	34,765
oct-18	816,007	781,242	34,765
nov-18	816,007	781,242	34,765
dic-18	816,007	781,242	34,765
ene-19	828,116	828,116	-
feb-19	828,116	828,116	-
mar-19	849,953	828,116	21,837
abr-19	849,953	828,116	21,837
may-19	849,953	828,116	21,837
jun-19	849,953	828,116	21,837
jul-19	849,953	828,116	21,837
ago-19	849,953	828,116	21,837
sep-19	849,953	828,116	21,837
oct-19	849,953	828,116	21,837
nov-19	849,953	828,116	21,837
dic-19	849,953	828,116	21,837
ene-20	877,803	877,803	-
feb-20	877,803	877,803	-
<b>TOTAL</b>			<b>486,061</b>

## **17. Respecto a la responsabilidad de Seguros del Estado S.A.**

17.1. Alega el vocero judicial de SEGUROS DEL ESTADO S.A., que la póliza tomada por CONTACTAMOS S.A.S, únicamente cubre el incumplimiento del contrato, frente a

sus trabajadores, y no frente a los de INDEGA S.A., por tanto, al condenarse que INDEGA es el empleador del demandante, no de CONTACTAMOS, la póliza de seguro tomada no cubriría las condenas impuestas. Además, sostiene que no existe cobertura frente a las vacaciones, por no constituir una prestación social.

17.2. Al respecto, al revisar la póliza de seguro No. 21-45-101151065, se observa que la misma fue tomada por CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, y su beneficiario es INDEGA S.A.; sin embargo, al revisar el amparo por pago salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de naturaleza laboral, esta contempla lo siguiente: *«este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador/garantizado con sus trabajadores, relacionadas con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato garantizado y sobre las causales sea solidariamente responsable el asegurado»*.

17.3. Acorde a lo anterior, en efecto, la asiste razón al vocero judicial de SEGUROS DEL ESTADO S.A., toda vez que, al tenor de lo pactado en la póliza de seguros, esta solo ampara al asegurado del incumplimiento de las obligaciones a cargo de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, con sus trabajadores. No obstante, como quiera que el caso sub examine, se determinó que el demandante es realmente trabajador de INDEGA S.A., y que por parte de ésta última fue que existió el

incumplimiento en el pago de obligaciones de carácter laboral, no se encuentra satisfecha la condición para hacer exigible el cumplimiento de la póliza de seguro No. 21-45-101151065., pues, se reitera, la garantía se convino para el evento en que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, dejara de pagar salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores (Vid. CSJ SL125-2022).

17.4. En consecuencia, se ha de declarar probada la excepción: *imposibilidad jurídica y contractual para afectar la póliza expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.* y, por ende, se revocará las condenas impuestas a la mentada aseguradora con el fallo apelado.

## **18. Costas**

18.1. Dado que la apelación del actor sólo prosperó parcialmente, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia a favor del demandante (CGP, art. 368-8°).

18.2. No obstante, como la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. resulta absuelta de todas las pretensiones incoadas por INDEGA S.A., quien la llamó en garantía, corresponde condenar a la última a pagar a dicha aseguradora las costas de ambas instancias (CGP, art. 368-4°). La tasación de las agencias en derecho correspondiente a esa instancia inicial, corresponde al A quo (CGP, art. 366); y, en cuanto a las de esta segunda

instancia, se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque no hubo práctica probatoria en este segundo nivel jurisdiccional.

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia apelada, y, en su lugar, se DECLARA PROBADA la excepción de *imposibilidad jurídica y contractual para afectar la póliza expedida por* la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., formulada por ésta.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia apelada, y, en su lugar, DECLARAR que JOHN JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO sí es beneficiario desde el 10 de

mayo de 2.018 la CCT 2018 – 2020 suscrita por INDEGA S.A. y SINALTRAINAL.

**TERCERO: REVOCAR** el numeral sexto de la sentencia apelada, y, en su lugar, se absuelve a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra.

**CUARTO: MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia apelada, en el sentido que los conceptos y montos que INDEGA S.A. debe pagar al demandante son los siguientes:

CONCEPTO	VALOR
Diferencia Salarial	\$ 486.061,00
Auxilio de Alimentación	\$ 5.647.948,00
Prima Extralegal de Junio	\$ 4.004.023,00
Prima Extralegal de Navidad	\$ 5.653.050,00
Prima Extralegal de Vacaciones	\$ 5.057.992,00
Prima Extralegal de Antigüedad	\$ 3.513.419,00
Auxilio de Cesantías	\$ 1.947.161,00
Intereses Sobre Cesantías	\$ 230.217,00
Prima de Servicios	\$ 1.867.123,00
Vacaciones	\$ 933.562,00
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 29.340.556,00</b>

**Parágrafo:** Las anteriores sumas deberán ser indexadas conforme al IPC, a la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.

**QUINTO: MODIFICAR** el numeral noveno de la sentencia apelada, en el sentido de que se **CONDENA** a la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., a pagar a favor de JOHN JAIRO HERNÁNDEZ

CUADRADO y con destino al fondo de pensiones en que este se encuentre afiliado, la diferencia de los aportes pensionales causados durante el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2.018 y el 13 de febrero de 2.023, con los respectivos intereses moratorios del artículo 23 de la ley 100 de 1993; tomando como base, según lo expuesto en la parte motiva, las siguientes diferencias salariales dejadas:

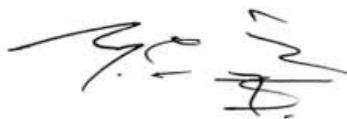
<b>DIFERENCIAS SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA PAGAR EL CONCEPTO DE DIFERENCIAS DE APORTES PENSIONALES</b>			
<b>Período</b>	<b>Promedio correcto</b>	<b>Promedio pagado</b>	<b>Diferencia de Salario</b>
may-18	571,205	546,869	24,336
jun-18	816,007	781,242	34,765
jul-18	816,007	781,242	34,765
ago-18	816,007	781,242	34,765
sep-18	816,007	781,242	34,765
oct-18	816,007	781,242	34,765
nov-18	816,007	781,242	34,765
dic-18	816,007	781,242	34,765
ene-19	828,116	828,116	-
feb-19	828,116	828,116	-
mar-19	849,953	828,116	21,837
abr-19	849,953	828,116	21,837
may-19	849,953	828,116	21,837
jun-19	849,953	828,116	21,837
jul-19	849,953	828,116	21,837
ago-19	849,953	828,116	21,837
sep-19	849,953	828,116	21,837
oct-19	849,953	828,116	21,837
nov-19	849,953	828,116	21,837
dic-19	849,953	828,116	21,837
ene-20	877,803	877,803	-
feb-20	877,803	877,803	-
<b>TOTAL</b>			<b>486,061</b>

**SEXTO: REVOCAR**, por sustracción de materia o carencia de objeto, el numeral once de la sentencia apelada.

**SÉPTIMO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado



Sala Segunda  
Civil - Familia - Laboral

**Marco Tulio Borja Paradas**

Magistrado Ponente

**FOLIO 090-2023**

**Radicado n°. 23-001-31-05-002-2021-00109-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de febrero de 2.023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NOHEMI BERNARDA OVIEDO SOLAR contra la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLOPENSIONES-.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

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

### **2. Contestación y trámite**

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se practicó el interrogatorio de parte al demandante y se admitió las pruebas documentales aportadas por las partes.

## **III. LA SENTENCIA APELADA**

A través de esta, el Juzgado negó las pretensiones de la demanda, al estimar que en el caso del actor no se trata de un traslado de régimen, sino de una afiliación inicial, y, por tanto, no es dable la ineficacia o nulidad de la misma.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

En apretada síntesis, protesta el apoderado de la parte demandante, porque, afirma, que la afiliación inicial tiene la misma importancia de un traslado de régimen, genera también una expectativa pensional y a la actora no le dieron información clara ni precisa, y, por el contrario, le dijeron que el RAIS era lo mismo que estar afiliada al ISS.

#### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos voceros judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la primera instancia.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

##### **1. Presupuestos procesales**

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

##### **2. Problema jurídico a resolver**

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades corresponde

a la Sala dilucidar: si es procedente declarar la nulidad de la afiliación inicial de la parte demandante al RAIS, por desconocimiento de la libertad informada.

### **3. Improcedencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS en el presente caso**

3.1. En el presente caso no estamos en presencia de un traslado de régimen, sino de una afiliación inicial, y, en tal evento, la Honorable Sala de Casación Laboral ha sentado que no es procedente la aplicación de la figura de la ineficacia de dicha afiliación por desconocimiento de la libertad informada, entre otras razones, porque, al declararse la misma, las cotizaciones deberían reintegrarse al afiliado y al empleador, según el vínculo bajo el cual se hicieron aquéllas, ya que antes de la afiliación la parte demandante no hizo parte del sistema, y, el reintegro en esos términos, perjudica no sólo al afiliado, sino también a los actuales y futuros pensionados, como también a la sostenibilidad financiera del sistema. Así lo expresó el mentado órgano de cierre en los siguientes apartes de la sentencia SL4211-2021:

“(…) pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100

de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que *nunca* se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

(...).

“Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema (...).”

(...).

“Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”.

3.2. Ahora, aduce el apoderado de la parte demandante que a la demandante, al momento de la afiliación inicial, le dijeron que era lo mismo si se afiliara al ISS. De esto no hay prueba alguna, sino sólo el propio dicho de la actora al absolver el interrogatorio de parte, y, al respecto, cabe recordar que los dichos de parte sólo tienen eficacia probatoria en cuanto a la afirmación de hechos que los perjudican, es decir, para cuando comportan para ellos confesión, mas no para hechos que los benefician (**Vid. Sentencias SL3617-2022, SL2539-2019, STL9684-2018; STL8125-2014; y, SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177**), *«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba»* (**Vid. Sentencias SL3617-2022, SL4921-2019, SL4594-2019 y STL9684-2018**).

3.3. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (**Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014**), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia inicial.

#### **4. Costas**

4.1. Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a la parte demandante, y en favor de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (CGP, art. 365.8°).

4.2. Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias, en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

Dicho monto será distribuido a favor de los entes demandados, por partes iguales.

### **VII. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

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

**SEGUNDO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 090-2023 .....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2021-00109-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda .....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA .....	2
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN .....	3
VI. CONSIDERACIONES .....	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver .....	3
3. Improcedencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS en el presente caso.....	4
4. Costas .....	7
VII. DECISIÓN .....	7
RESUELVE: .....	8
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	8



**MARCO TULLIO BORJA PARADAS**

Magistrado Ponente

**FOLIO 093-2023**

**Radicado n°. 23-001-31-05-003-2022-00022-01**

*Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual*

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLOPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS ENRIQUE ESPITIA ELJACH contra la recurrente.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, al estimar que no fue debidamente informada de los aspectos favorables o desfavorables del mismo. Asimismo, pide que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

### 2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito. Así, PORVENIR, las que denominó: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*; y, COLPENSIONES: *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, no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones; y, prescripción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma concentrada. En la última se practicó el interrogatorio de parte a la demandante.

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

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada. Asimismo, reconoció el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2.020, en cuantía equivalente a \$5.792.141,00, al considerar que el demandante cumplió con la edad y densidad de cotizaciones requeridas y que, a partir de la aludida fecha, cabe predicar la desafiliación de aquél del sistema de pensiones.

### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES, apeló la sentencia, arguyendo que ese ente no participó o no fue parte en el traslado de régimen; que es el fondo privado quien debe asumir las consecuencias de la nulidad; que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que no procede el retorno al RPM, porque a la actora le faltan menos de 10 años para adquirir la pensión; que es el Fondo Privado quien debe reconocer la pensión de vejez; y, que no debe ser condenada en costas, porque actuó de buena fe, amén que éstas no se causaron.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los respectivos voceros judiciales de las partes presentaron oportunamente sus alegaciones de conclusión, reiterando lo que habían expuesto en la primera instancia.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales**

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

### **2. Problema jurídico a resolver**

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia. **(iii)** Si la demandante cumplió con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para causar y disfrutar la pensión de vejez, lo cual a su vez impone examinar: **(iv)** la densidad de cotizaciones de la

actora para efectos del reconocimiento esa prestación pensional; (v) la cuantía de la pensión (IBL y tasa de reemplazo); y, (vi) el retroactivo pensional.

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

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

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

En el caso que aquí se desata, solo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de

vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de las afiliación o traslado de la parte actora al RAIS.

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

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

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

normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

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

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

3.6. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años

para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

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

#### **4. Consecuencias de la ineficacia del traslado**

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

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia de todos los procesos, por lo que este tópico debe ser confirmado.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no

todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como *una sola*, lo que involucra a las demás AFP”.

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar 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”.

## **5. Respecto a la pensión de vejez**

### **5.1. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003**

5.1.1. Dado que el actor cumplió los 62 años de edad después del 1 de enero de 2014, e incluso después del 2015,

concretamente los cumplió el 4 de mayo de 2020 (Vid. Demanda, folio 10), según el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debe contar, por lo menos, con 1.300 semanas, lo cual alcanzó a cumplir, puesto que alcanzó un total de 1.321,06 semanas (Vid contestación demanda porvenir, folios 56 a 63).

5.1.2. Corolario de lo anterior es que la parte demandante sí causó la pensión de vejez el 4 de mayo de 2020, según los requisitos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003.

## **5.2. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía y retroactivo pensional**

5.2.1. La A quo reconoció como monto pensional para el año 2020 el equivalente a \$5.792.141,00; para el 2020, el equivalente a \$1.394.238; y, para el 2021, el de \$1.864.216.

5.2.2. Lo anterior lo encuentra la Sala correcto y ajustado a derecho, porque, para establecer dicho monto pensional, determinó el IBL con una opción válida prevista en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el demandante durante toda la historia laboral, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, obteniendo un IBL de \$8.910.987; y, para establecer el quantum de la mesada pensional a partir del año 2019, la A quo deflactó ese IBL, y, además,

observó lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, encontrando que la tasa de reemplazo a aplicar a dicho IBL es la del 65%.

5.2.3. Ahora, la A quo estimó que el actor se desafilió al sistema porque dejó de cotizar, siendo su última cotización el 30 de noviembre de 2.020, razón por la cual predicó desde el 1° de diciembre de ese mismo año el disfrute de la pensión de vejez.

5.2.4. Lo anterior no es de recibo, porque en estos casos en que la parte demandante reclama el reconocimiento de la pensión de vejez de forma simultánea con su petición de su retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia de su traslado al RAIS, en principio, ha de acreditarse que aquélla efectivamente se desvinculó laboralmente o realmente se retiró del sistema (**Vid. CSJ Sentencias SL348-2023, SL3896-2022, SL3465-2022, SL2271-2022, SL2272-2022, SL367-2022 y SL905-2022**), lo cual aquí no aparece acreditado.

Es que, contrario a lo sentado por la A quo, no es dable concluir que COLPENSIONES haya obligado a la actora a seguir cotizando con una negación injustificada del reconocimiento de la pensión de vejez, pues no le era dable a esa administradora de pensiones reconocer dicha pensión en sede administrativa, dado que la convocante aparecía vinculada al RAIS.

Obsérvese que, respecto a un caso similar al presente, en el que se concedió la ineficacia del traslado al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez, y en el que la parte demandante había dejado de cotizar al sistema, la Honorable Sala de Casación, en sentencia **SL3465-2022**, estimó que lo anterior no era motivo para predicar la desafiliación al sistema. Así lo expresó:

“Ahora, observa la Sala que las historias laborales que se allegaron por Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., reportan cotizaciones al sistema hasta junio 26 de 2019, pero **por esa sola circunstancia no puede inferir la Corte, que efectivamente el demandante se haya retirado del sistema**, presupuesto que resulta fundamental para que proceda el pago de la prestación”. Se destaca.

5.2.5. Dicho lo anterior, hay lugar a revocar la condena a COLPENSIONES de pagar el retroactivo pensional establecido en la sentencia apelada, y, en su lugar, se ha de disponer que la pensión de vejez le sea pagada a la parte demandante a partir del día siguiente al efectivo retiro del sistema de seguridad social en pensiones (**Vid. CSJ Sentencia SL3465-2022**).

5.2.6. En cuanto a la prescripción, no queda probada, porque el derecho a la pensión de vejez es imprescriptible; lo prescriptible son las mesadas pensionales causadas, que, en el

caso, no las hay, porque, como se dijo, no es dable predicar aquí un retroactivo pensional.

## **6. Condena en costas en la primera instancia**

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES y PORVENIR resultó vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

## **7. Costas**

7.1. Dado que corresponde efectuar modificaciones favorables a COLPENSIONES, a la sentencia inicial, no hay lugar a imponer condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°), a dicha entidad pública.

7.2. A cargo de PORVENIR sí hay lugar a imponer condenar en costas por el trámite de esta segunda, habida cuenta su alzada no prosperó y la parte actora la replicó.

7.3. Las agencias en derecho a cargo de PORVENIR se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos

en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad. (CGP, art. 365.8°).

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada, de origen y fecha señalados en el pósito de la presente providencia, en el sentido que la pensión de vejez la pagará COLPENSIONES a CARLOS ENRIQUE ESPITIA ELJACH, a partir del día siguiente al efectivo retiro del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, por lo que se tendrá en cuenta que el monto pensional para el año 2020 es el equivalente a \$5.792.141,00; y, que deberá ser actualizado anualmente conforme al IPC que para estos efectos fije el DANE.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral octavo la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

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

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**

Magistrado



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**RAFAEL MORA ROJAS**

Magistrado

## Contenido

FOLIO 093-2023.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-003-2022-00022-01 .....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES .....	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite .....	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA .....	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN .....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales .....	4
2. Problema jurídico a resolver .....	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma .....	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Respecto a la pensión de vejez.....	11
5.1. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003 .....	11
5.2. Liquidación del IBL, tasa de reemplazo, cuantía y retroactivo pensional .....	12
6. Condena en costas en la primera instancia.....	15
7. Costas .....	15
VII. DECISIÓN .....	16
RESUELVE:.....	16
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	17
LOS MAGISTRADOS .....	17
MARCO TULLIO BORJA PARADAS.....	17



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

**CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**  
**Magistrado ponente**

**Folio 113-23**

**Radicación n.º 23 001 31 05 002 2021 00215 01**

**Acta 62**

Montería (Córdoba), veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LUIS MIGUEL BERROCAL GALINDO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** Por ello, en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 se profiere la siguiente:

**SENTENCIA**

## **I. ANTECEDENTES**

**1.1.** El demandante, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra las AFP precedentes, para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado hacia el régimen de Prima

Media con Prestación Definida y se ordene el traslado hacia Colpensiones del capital acumulado en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos financieros y gastos de administración.

**1.2.** Las anteriores pretensiones, las fundamenta a través de los siguientes hechos, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

El accionante, nacido el 01 de marzo de 1956, se encontraba afiliado al ISS (hoy Colpensiones), fue trasladado mediante engaños a PORVENIR y, por último, fue trasladado a COLFONDOS. Agotó la reclamación administrativa con esta última sin éxito alguno.

**1.3.** Admitida la demanda y tras ser notificada en debida forma, **Colpensiones** se opone a todas las pretensiones porque el traslado efectuado se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a la ley, sumado a que Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia o participación en el acto señalado; como consecuencia de eso, solicita la absolución y que se condene a su contraparte en costas procesales.

Propone a su vez, las siguientes excepciones: 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 afiliada de la administradora colombiana de pensiones; prescripción y genérica.

Por otro lado, **Porvenir S.A.**, a través de su apoderado judicial, se opone a las pretensiones alegadas por la demandante indicando que nunca se omitió ningún detalle de las ventajas y desventajas del RAIS e

invocan las siguientes excepciones: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica

Por su parte, **Colfondos**, no contestó la demanda.

## **II. FALLO APELADO Y CONSULTADO.**

Mediante proveído de 07 de marzo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba declaró probada la excepción de buena fe de Colpensiones y, de igual forma, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante, ordenando así a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES los aportes de pensiones efectuados por el accionante en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó en costas a las demandadas a un SMLMV cada una.

Lo anterior, resumidamente, se dio con base a los siguientes argumentos:

El *A-quo* indica que las AFP tienen el deber de ilustrar las ventajas, desventajas, características y consecuencias de la afiliación al régimen que pretenden con el fin de que dicha elección sea de manera libre e informada según lo indica el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia y, en caso de que la AFP incumpla con dicha obligación, deviene la declaratoria de ineficacia.

Precisa que la falta de información no debe ser probada por el trabajador, sino por su contraparte, es decir, la AFP debe probar que sí brindó la información pertinente, situación que no se da por cumplida con anexar el formato de afiliación donde reposa la firma del

demandante, ya que eso solo demuestra una voluntad a afiliarse, mas no un consentimiento informado.

De igual manera, con respecto a la prohibición de los 10 años, no es aplicable cuando se trata de declarar la ineficacia de traslado por la ausencia de información; sumado al hecho de que todo el tiempo que permaneció el demandante en el RAIS o los traslados que hizo dentro de éste, no implica que se dio la información al momento de realizar el traslado.

Aunado a eso, como no se probó que se brindó la información relativa al régimen RAIS esto tiene como consecuencia la ficción jurídica de que nunca se trasladó el demandante de régimen y siempre estuvo afiliado al RPM, razón por la cual COLPENSIONES debe tener como afiliado a éste; por su parte, COLFONDOS y PORVENIR deberán trasladar los dineros enunciados en la parte resolutive debidamente indexados.

Respecto a la prescripción, la acción de ineficacia, como está ligada a la pensión de vejez, puede ser reclamada en cualquier momento, ya que no prescribe.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

**COLPENSIONES:** Reiteran la validez de la afiliación hecha por el demandante al RAIS, bajo el entendido de que Colpensiones no puede cargar con las consecuencias de la ineficacia en cuestión, ya que es un tercero que no intervino en dicha afiliación. Por eso, como en la sentencia de primera instancia se determinó que fueron las AFP privadas quienes faltaron a su deber de información, deben éstas ser quienes soporten las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

Arguyeron que se está afectando el principio de sostenibilidad financiera, al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras.

Con respecto a las costas, solicitan se revoquen por cuanto siempre han actuado sin temeridad y se declaró probada la excepción de buena fe.

**PORVENIR:** Indican que la Superintendencia Financiera indica que en caso tal de que se declare la ineficacia, solo procede la devolución de los aportes y rendimientos sin que proceda la prima de seguro previsional, por cuanto se mantuvo la cobertura en cumplimiento de la póliza, ni tampoco los gastos de administración, pues se debería ordenar al demandante retornar los frutos financieros conforme a las restituciones mutuas. Con respecto a las costas, indican que porvenir siempre ha actuado bajo el principio de buena fe.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante proveído adiado 16 de marzo hogaño, se surtió el traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, sin embargo, solo intervinieron las partes recurrentes Colpensiones y Porvenir SA quienes reiteraron los argumentos esbozados en la sustentación del recurso de apelación.

#### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **5.1. Del grado jurisdiccional de consulta.**

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administrador Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juegos dineros de la nación.

## **5.2. Problema jurídico.**

Es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la litis, ello en atención al recurso de apelación impetrado por Colpensiones y Porvenir:

*i) Si erró el juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado efectuada por la demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la ineficacia en mención y qué sumas deben retornar a Colpensiones.*

*ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar de que ésta no participó ni intervino en dicho negocio jurídico.*

*iii) De la misma forma, se establecerá si la solicitud de ineficacia de traslado se encuentra prescrita*

*iv) Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.*

## **5.3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado.**

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los

cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal; en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

#### **5.4. Caso concreto**

En el *sub examine*, se constata, que no se le brindó al demandante la información necesaria para realizar el traslado de régimen, es decir,

---

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

no se abordaron a plenitud las características y consecuencias de dicho acto jurídico, dejando en vilo su futuro pensional, al no tener los datos oportunos y claros al momento de la elección del régimen.

Por consiguiente, en el plenario no hay prueba allegada por Colpensiones o Porvenir que indique que la afiliación se realizó siguiendo las instrucciones del precedente citado. Lo anterior, teniendo en cuenta que el precedente judicial, impone a las Administradoras de fondo de pensiones, la carga procesal de probar que sí se brindó información completa y clara. Ante esto la sentencia SL 33083 de 2011 entre otras indican:

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”* (Subrayado por la Sala)

Se observa entonces que, como PORVENIR incumplió con su deber de información, es viable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen conforme lo indica la sentencia de primera instancia, incluso los montos que no están señalados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues *“La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades”*<sup>2</sup>.

Por lo anterior, se mantendrá el fallo objeto de apelación en este punto.

---

<sup>2</sup> Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

### **5.5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado.**

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos, como tampoco existe límite de edad o tiempo para la declaratoria de ineficacia aquí estudiada, pues no se trata de un nuevo traslado de régimen pensional. (Véanse las sentencias **SL17595 de 2017 y SL4989 de 2018**).

### **5.6. De la prescripción.**

Ante este punto, es necesario traer a colación lo resuelto en la SL1688 y SL1689 de 2019:

*“La sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.”*

Por lo anterior, no cabe duda de que no está prescrita la solicitud de ineficacia de traslado.

### **5.7. De la condena en costas.**

Las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR solicitan que se revoquen los puntos desfavorables para éstas, esto incluye la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

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

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

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

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, las demandadas Colpensiones y Porvenir, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propusieron excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas contra éstas.

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia, por no existir réplica del recurso de apelación en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

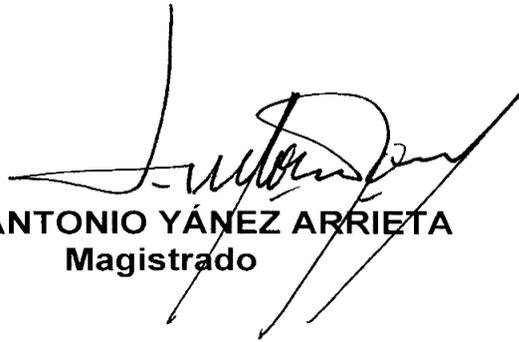
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 07 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO 23 001 31 05 002 2021 00215 01**, promovido por **LUIS MIGUEL BERROCAL GALINDO**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

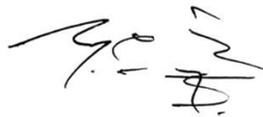
**LOS MAGISTRADOS**



**CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**  
Magistrado



**PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ**  
Magistrado



**MARCO TULIO BORJA PARADAS**  
Magistrado