



MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 233-2023

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2.023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia del 14 de marzo de 2023, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA- CORDOBA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAÚL RODRIGO MORENO ARROYO, en contra de COLMENA SEGUROS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretende el demandante de manera principal, se reconozca y pague pensión de invalidez a cargo de COLMENA SEGUROS S.A, bajo el supuesto de contar con el 50% de PCL de origen laboral y por tanto, el pago de mesadas pensionales desde la fecha de estructuración con indexación e intereses moratorios. De manera subsidiaria, reconocimiento de la indemnización permanente parcial, establecida en el la ley 776 de 2002.

1.2. Como causa petendi, en resumen, se aduce que padece de diversas enfermedades de origen laboral, según lo dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, a través de dictamen #12035 del 29 de junio de 2017, confirmado por la Junta Nacional, mediante valoración #78293585-8817 del 01 de junio de 2018.

1.3 Aduce que en dos ocasiones solicitó a la ARL COLMENA calificación de PCL y fecha de estructuración, así, como el reconocimiento de la pensión de invalidez o, indemnización permanente parcial, según el caso; sin embargo, fueron negadas por encontrarse en controversia ante la justicia ordinaria laboral, los dictámenes en que ampara su derecho.

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 fondo que denominó: *correcta aplicación e interpretación de las normas sustanciales y procedimentales en materia de seguridad social por parte de COLMENA SEGUROS S.A, idoneidad y prevalencia de los dictámenes emitidos por COLMENA SEGUROS S.A, incumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, prescripción, cualquier otra excepción y/o excepciones perentorias que se demuestren dentro del proceso, buena fe y compensación.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, se realizaron en forma separada. En la última se recaudó el dictamen pericial # 097032-2021 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, quien calificó al demandante con una PCL del 54.60%, origen común y fecha de estructuración 13 de agosto de 2022. Se desistió del interrogatorio de parte invocado por ARL COLMENA al actor Raúl Rodrigo Moreno.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que, según el acervo probatorio el demandante acreditó que su invalidez es de origen común y no laboral; declarándose

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

probada de manera oficiosa, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de COLMENA SEGUROS S.A.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa judicial del demandante apeló la sentencia, argumentando que el juez de instancia no tuvo cuenta los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Bolívar y Nacional de Calificación de Invalidez aportados con el escrito demandatorio, quienes determinaron como laboral el origen de las patologías y en su lugar, basó su decisión únicamente en el remitido por la Junta Regional de Antioquia, dentro del proceso debatido.

Indicó, además, que el a quo no abordó el estudio de las pretensiones subsidiarias relacionada con la indemnización por incapacidad permanente parcial, por lo que solicita su reconocimiento.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de Colmena Seguros S.A, presentó alegatos de conclusión pretendiendo la confirmación de la sentencia apelada.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede reconocer al demandante la pensión de invalidez de origen laboral, para lo cual ha de establecerse **(ii)** si erró el juez de instancia al acoger el dictamen #097032-2021 del 13 de agosto de 2022 emanado de la JRCI de Antioquia, que calificó de origen común la invalidez. En caso de no ser procedente el reconocimiento de la aludida pensión, **(iii)** si entonces procede reconocer al actor la indemnización por incapacidad permanente parcial de origen laboral.

3. No procede el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral, por ser la invalidez de origen común

3.1. Con la demanda se pretende el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen laboral, y, por tanto, se convocó como demandada a la ARL; para lo cual la parte actora invoca como fundamento probatorio los dictámenes de la JRCI de Bolívar y de la JNCI, en los que se calificó la invalidez del demandante de origen laboral.

3.2. No obstante, en el curso del proceso se practicó dictamen por parte de la JRCI de Antioquia, en el que determinó el origen común de la invalidez, y, por consiguiente, el a quo negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por falta de legitimación en la causa por pasiva, al haberse demandado a la ARL y no a la administradora de pensiones en donde está el actor afiliado.

3.3. Frente a lo anterior, la parte actora con su apelación muestra inconformidad, al estimar que el a quo debió acoger los dictámenes emanados de la Junta Regional de Bolívar y Nacional de Calificación de Invalidez, los que, como se dijo, determinaron el origen laboral de la invalidez.

3.4. Pues bien; al examinar el expediente, en efecto, se avistan varios dictámenes recaudados, en su orden: **(i)** #12035 del 29 de junio de 2017 emitido por JRCI de Bolívar; **(ii)** # 78293585-8817 del 01 de junio de 2018 por Junta Nacional de Calificación de Invalidez; **(iii)** EP51362-2 del 27 de marzo de marzo de 2019 expedido por el equipo interdisciplinario de

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

Colmena Seguros S.A y, (iv) # 097032-2021 del 13 de agosto de 2022 por la JRCI de Antioquia. Los dos primeros incorporados por el demandante; el segundo, por la demandada; y, el último decretado de forma oficiosa por el Juzgado.

3.5. Es sabido que, frente a varios dictámenes recaudados, los jueces en virtud del principio de autonomía, son críticos de la prueba pericial y tienen a su cargo la decisión del litigio judicial y, por tanto, perfectamente pueden apoyarse en cualquiera de los allegados, siendo acertada tal decisión. Así, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia SL171-2023, reiteró:

“ (..), los jueces sociales pueden darles credibilidad plena a los dictámenes que al respecto produzcan aquellos o someterlos a un examen crítico, pudiendo apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones, puesto que no constituyen probanza definitiva e incuestionable, sino un medio de convicción más, que pueden ser valorados libremente para forjar su convencimiento, como lo refieren los fallos CSJ SL697-2019 y CSJ SL3380-2019.

A lo que debe agregarse que al tenor de la providencia CSJ SL2615-2021, el juez de la seguridad social también está autorizado para asignarle un mayor valor probatorio a cualquiera de las experticias allegadas, sin que por ello desborde o extralimite su competencia, precisión que resulta trascendente en el caso, pues emerge claro que fue en ejercicio de esa discrecionalidad que el Tribunal valoró el haz probatorio en conjunto y concluyó, desde dos de las experticias allegadas al debate, así como a partir del propio dicho de la reclamante, que ella 1) no acreditó el 50 % o más de pérdida de capacidad laboral y, 2) que el origen de esta no fue común sino

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

laboral, todo lo cual le restaba soporte para impetrar la pensión que persigue”.

3.5. En el caso, la Sala comparte el mayor valor probatorio que dio el a quo al último dictamen rendido por la JRCI de Antioquia, pues en el mismo se tuvo en cuenta toda la información, conceptos, historias clínicas (emitidas desde 2009 hasta 2021), exámenes de seguridad y estudio de puesto de trabajo, este último realizado por el profesional Juan Carlos Pérez Gamboa, médico ergónomo –especialista en el SST, quién determinó *<<el paciente está expuesto a riesgo bajo para lesiones osteomusculares, pues en la actividad laboral no se evidencia trabajo físico pesado, no hay levantamiento de cargas, ni posturas forzadas a nivel de columna, no hay movimientos de flexión y rotación de tronco ni exposición a vibración del cuerpo entero y no hay posturas estáticas, pues el trabajador puede cambiar su postura a necesidad>>*, pruebas específicas que conforman todo el historial clínico del demandante; generando el cambio en el origen en las patologías:

- **Cervicalgia**
- **Trastorno de Disco Lumbar y otros, con radiculopatía**
- **Estenosis de canal neural por tejido conjuntivo**
- **Otros desplazamientos especificados de disco intervertebral**

3.6. Asimismo, valoró de manera integral la situación actual que presentaba el demandante, pues no solo calificó las

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

patologías antes aludidas, sino también, las denominadas: *Trastornos de adaptación y Otras lesiones del hombro – síndrome del manquito rotador derecho*, dictaminando solo como de origen laboral, esta última.

3.7. Contrario a lo anterior, la JRCI de Bolívar y la Junta Nacional, solo tuvieron en cuenta 5 atenciones recibidas por el actor entre 2007 a 2016, así: resonancia columna lumbar (04/08/2007), resonancia cadera izquierda (12/03/2014), resonancia simple de cadera (26/09/2015), consulta cervicalgia (09/08/2016) y consulta cirujano de columna (16/09/2016).

Por tanto, resulta razonable la decisión de dar mayor valor probatorio al último dictamen pericial realizado por la JRCI de Antioquia, máxime cuando el mismo fue objeto de traslado a las partes y ninguna de éstas pidió interrogar a los signatarios de ese dictamen. Es decir, si a las partes se les da la oportunidad para cuestionar o pedir el interrogatorio del perito, y no lo hacen, ello no puede ser motivo para menospreciar su valor probatorio.

3.8. Así las cosas, conforme a lo establecido en el canon 61 del CPT y de la SS, la Jueza de primera instancia, gozaba de libertad probatoria para apreciar las pruebas allegadas al proceso, y, en el caso, el dictamen que ella acogió, por lo arriba expuesto, merece mayor convicción que los dictámenes en los que el demandante apoya su apelación.

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

Por tanto, resulta diáfano que al dictaminarse en el dictamen de la JRCI de Antioquia una PCL del 54.60%, fecha de estructuración 13 de agosto de 2022 y origen *común*, erró el actor Raúl Moreno Arroyo al dirigir la acción en contra de la administradora de riesgos laborales COLMENA SEGUROS S.A., puesto que debió fincarla frente a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado.

3.9. En fin, al ser de origen común -no de origen laboral- la invalidez, y al haberse demandado a la ARL y no a la administradora de pensiones, no procede el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada en la demanda.

4. La indemnización por incapacidad permanente parcial de origen laboral, como pretensión subsidiaria.

4.1. Sostiene el recurrente que el juez de primera instancia, omitió pronunciarse sobre la pretensión esgrimida de manera subsidiaria y fijada en litigio dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPSTSS, relacionada en determinar si el actor tendría *derecho al reconocimiento de indemnización por porcentaje de pérdida permanente parcial de capacidad laboral*.

4.2. Contrario a lo esgrimido, para la Sala el reparo es desacertado, porque los razones que conllevaron absolver a COLMENA SEGUROS S.A, se hincaron en la falta de

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

legitimación en la causa por pasiva, pues si bien el actor cuenta con más de 50% de PCL, el origen no es laboral, sino común y en tal evento, no era menester entrar a resolver la procedencia o no, de una prestación que se predica igualmente por ser laboral, para lo cual se requiere un porcentaje que oscile entre el 5% al 49%, tal como lo preceptúa el artículo 5to de la Ley 776 de 2002.

4.3. Sumado a lo anterior y en gracia de estudiarse la indemnización por incapacidad permanente parcial, tampoco habría lugar, porque, el dictamen rendido por la JRCI de Antioquia, tuvo en cuenta 9 patologías para determinar la PCL y dentro de ellas, solo 1 calificó como de origen laboral – **Otras lesiones del hombro – síndrome del manguito rotador derecho-** sin establecer el porcentaje individual sobre cada una de las enfermedades, necesarios para determinar el monto de la acreencia, prevista en la *Tabla única para la indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral entre el 5% y 49.995 y la prestación económica correspondiente*, máxime cuando el suplicante, guardó silencio frente al dictamen recaudado, teniendo a su alcance la complementación del mismo.

4.4. 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 apelada.

5. Costas

Dado que la apelación no prosperó y fue replicada por la parte demandada, hay lugar a condenar en costas en favor de ésta y a cargo del demandante (**Vid. CGP, art. 365-8°**). En consecuencia, se fijan las agencias en derecho, en la 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 instancia inicial en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido realmente no fue de complejidad.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado

Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02. Folio 233-2023.

Contenido

FOLIO 233-2023	1
Rad. 23-001-31-05-002-2020-00010-02	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda.....	2
2. Contestación de la demanda y trámite.....	3
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Problema jurídico.....	5
3. No procede el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral, por ser la invalidez de origen común	5
4. La indemnización por incapacidad permanente parcial de origen laboral, como pretensión subsidiaria.....	10
5. Costas.....	12
VII. DECISIÓN.....	12
RESUELVE:.....	12
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.....	13



Sala Segunda
Civil - Familia - Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 249-2023

Radicado n°. 23-001-31-05-002-2020-00149-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta (30) de agosto 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 25 de mayo de 2.023, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA-CÓRDOBA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAVIER HERNANDO CORREO RAMOS, en contra de TEMPOSERVICIOS S.A.S., HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El demandante solicita que **(i)** se declare la existencia de un contrato de obra o labor entre las demandantes y TEMPOSERVICIOS S.A.S, con extremos temporales de 1 de octubre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2019; y **(ii)** que se declare que las empresas E.S.E. HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA y SEGUROS DEL ESTADO S.A. son solidariamente responsables de las condenas.

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, sanción por mora por la no información del estado del pago de sus aportes a la seguridad social y aportes parafiscales, 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.

1.2. Hechos

En lo sustancial, se aduce que entre las partes existió un contrato de obra o labor dentro de los extremos temporales arriba indicados; y que a la finalización del contrato le quedaron adeudando una serie de rubros y prestaciones económicas.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, las demandadas SEGUROS DEL ESTADO S.A, TEMPOSERVICIOS SAS y HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRALTA se notificaron de la demanda y ejercieron su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron debidamente. En la última, se practicó el interrogatorio del representante legal de TEMPOSERVICIOS S.A.S., el señor PASCUAL MANUEL GARCES GALEANO; y se recepcionó el testimonio del señor DAIRO EVER COGOLLO.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, la Jueza declaró probada las excepciones de *IMPROCEDENCIA DE LA SOLIDARIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, PAGO DE LA OBLIGACIÓN*, y no probadas la *PRESCRIPCION*,

INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO, INEXISTENCIA DE LOS EXTREMOS PROPUESTOS POR LA PARTE DEMANDADA- LOS EXTREMOS DE UNA RELACION LABORAL NO SE PRESUMEN y excepción *DE BUENA FE* propuesta por TEMPOSERVICIOS.

En concordancia con lo anterior, declaró que entre el demandante JAVIER HERNANDO CORREO RAMOS y TEMPOSERVICIOS S.A.S. existieron dos contratos de trabajo, regidos en los siguientes extremos cronológicos, el primero del 01 de octubre del 2018 al 31 de diciembre del 2018 y el segundo del 01 de febrero del 2019 al 31 de octubre del 2019.

La juez absolvió a las entidades demandadas de todas las demás pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos apoderados de TEMPOSERVICIOS S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A., presentaron alegaciones de conclusión encaminadas a que la sentencia consultada sea confirmada.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problemas jurídicos para resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si fueron bien negadas las pretensiones con ocasión de la consecuencia procesal establecida en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, derivada de la inasistencia del demandante a la audiencia de la que trata dicho artículo; y, **(ii)** si los extremos temporales declarados en la Sentencia fueron acordes a la realidad probatoria del proceso.

3. Solución a los problemas jurídicos planteados

A la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, celebrada el 4 de mayo de 2023, se ausentó el demandante, señalando su apoderado que, a pesar de los esfuerzos por contactarlo para que asistiera a dicha audiencia, esto no fue posible.

Por consiguiente, la no concurrencia derivó en que la a quo tuvo por cierto los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda, al ser la consecuencia procesal establecida en el mencionado artículo, concretamente los hechos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y el 22.

Sin embargo, es menester recordar que este efecto procesal, es decir, la *confesión ficta*, puede ser desvirtuada teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados al juicio:

“No obstante, como bien se sabe, la confesión puede ser infirmada con base en la valoración de las demás pruebas (CSJ SL488-2022). Por ello, se procederá a examinar las denunciadas por la censura” (Vid. SL980-2023).

Debe resaltarse entonces que la a quo llevó a cabo la labor de cotejar que los hechos susceptibles de confesión no fueran infirmados o desvirtuados por las demás pruebas, y concuerda la Sala con sus conclusiones, pues tratándose del pago de los emolumentos laborales solicitados como salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y vacaciones, dentro del proceso no existió prueba que infirmaran o llevaran a la conclusión de que los mismos no fueron cancelados.

Lo anterior no sucedió con los extremos temporales, pues de las pruebas aportadas al proceso, concretamente el testimonio del señor DAIRO EVER COGOLLO, testigo citado por la parte

demandante, se colige que existieron dos contratos de obra o labor, uno con extremos temporales de 1 de octubre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018, y otro con extremos de 1 de febrero de 2019 hasta 31 de octubre de 2019, lo cual además fue enunciado por el representante legal de TEMPOSERVICIOS en su interrogatorio; conduciendo a que la a quo declarara la existencia de dos contratos de obra o labor con dichos extremos, siendo esto contrario a lo pretendido por el demandante, pues en su demanda solicitó que se declarara una sola relación laboral con extremos temporales que abarcaban desde el 1 de octubre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2019.

En conclusión, la a quo aplicó de manera correcta la consecuencia procesal derivada de la inasistencia del demandante a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, lo que conllevó a que, en concordancia con las pruebas aportadas al proceso, de manera adecuada se decretara la existencia de dos contratos de obra o labor con los extremos antes señalados; y que a su vez se absolviera a las demandadas de las demás pretensiones.

Es por todo lo anterior que se confirmará la sentencia consultada.

4. Costas

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

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República 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 CAMILO MORA ROJAS

Magistrado

Contenido

FOLIO 249-2023	1
Radicado n°. 23-001-31-05-002-2020-00149-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones	2
1.2. Hechos	3
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA CONSULTADA	3
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales	5
2. Problemas jurídicos para resolver	5
3. Solución a los problemas jurídicos planteados	5
4. Costas	7
VII. DECISIÓN	8
RESUELVE:	8
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	8
Contenido	9



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 251-2023

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00138-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual.

Montería, treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2.023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de las dos últimas, contra la sentencia de 05 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por YADIRA DEL CARMEN DE LA HOZ MORALES contra las recurrentes; trámite al que fue vinculado

la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERIA y el MINHACIENDA.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

En la demanda, de manera principal, se pide condenar a PROTECCIÓN S.A. a pagarle la *«devolución de saldos»* por el bono pensional correspondiente al *«tiempo comprendido del 16 de Julio de 1972 hasta el 11 de Julio de 1980»*, junto a los intereses moratorios, indexación y costas procesales. Así mismo pretende que se ordene a la *«GOBERNACIÓN DE CORDOBA»* que, previa solicitud de la AFP, *«envié (sic) el bono pensional aquí solicitado con sus respectivos intereses»*. En subsidio, pide condenar a la *«GOBERNACIÓN DE CORDOBA»* a que le *«devuelva (...) el bono pensional que se encuentra consignado mediante una indemnización»*.

1.2. Hechos

Las pretensiones se sustentan en que la promotora prestó servicios en la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA desde el 16 de julio de 1972 hasta el 11 de julio de

1980; tiempo en que hizo aportes a la Caja de Previsión Social de Córdoba.

Actualmente, está afiliada a la AFP PROTECCIÓN, entidad que en noviembre de 2020 le solicitó a la Gobernación de Córdoba que pagara el bono pensional pertinente al tiempo laborado en la ESE; petición a la que esa entidad accedió, empero, indicó que es la AFP quien debe hacer las gestiones para su cobro, cuestión que no ha hecho.

El 18 de febrero de 2021, pidió a PROTECCIÓN que le hiciera la devolución de saldos abonados a su cuenta individual, con inclusión del bono pensional a cargo de la Gobernación; la AFP, le devolvió los saldos, pero no incluyó el bono.

2. Trámite y contestación de la demanda

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

2.2. La AFP PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones, indicando que ella ha cumplido las obligaciones a su cargo; en su defensa propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios; y las de mérito intituladas «*imposibilidad de reconocer devolución de saldos*», «*imposibilidad (sic) de reconocimiento de intereses por no*

haberse causado», «prescripción», «buena fe», «compensación» y la «genérica».

2.3. El Departamento de Córdoba se opuso a lo pretendido, al estimar que la única obligación a su cargo es la adquirida mediante el contrato de concurrencia n°. 492 suscrito con el MINSALUD y el Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, cuyo objeto fue concurrir al pago de la deuda prestacional de los funcionarios y exfuncionarios de DASALUD, hoy Secretaria de Desarrollo de la Salud; por ello, pidió convocar al litigio a esa entidad, a fin de que amplíe el convenio e incluya como beneficiaria a la convocante. Propuso la excepción de *«inexistencia de la obligación».*

2.3. La A quo ordenó integrar el contradictorio con la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

2.4. El Ministerio se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones denominadas *«falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación, la demandante tenía un derecho adquirido en el rpm antes de trasladarse al RAIS», «el traslado al RAIS de la demandante vulnera la prohibición legal del inciso E) del artículo 2º de la ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 13 de la Ley 100/93», «la demandante no es*

beneficiaria de los recursos del fondo del pasivo prestacional del sector salud, 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 profirió el fallo apelado y consultado.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

La A quo ordenó al MINHACIENDA realizar la liquidación del bono pensional tipo A por el tiempo que la actora laboró en la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERIA entre el 16 de julio de 1972 y el 11 de julio de 1980. Igualmente, condenó al Departamento a emitir y pagar el bono a la cuenta de ahorro individual de la promotora y a PROTECCIÓN a que, cumplido lo anterior, haga la devolución de aportes pertinente a esos tiempos. Finalmente, condenó en costas a esas tres entidades y las absolvió de los demás reclamos

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Apelación de PROTECCIÓN

La AFP alega que la promotora solo tiene derecho a la prestación económica siempre y cuando hubiera cotizado mínimo

500 semanas al RAIS, requisito que no acreditó, pues tiene menos de 9 semanas cotizadas. Por ende, la promotora no cumple lo previsto en el artículo 61 literal b de la Ley 100 de 1993. Igualmente protesta la condena en costas.

2. Apelación del Departamento de Córdoba

El vocero judicial del ente territorial apeló la sentencia inicial, señalando que la única obligación a su cargo frente a las prestaciones de los empleados de las distintas ESE, es la adquirida mediante el contrato interadministrativo de concurrencia n°. 492 suscrito con el MINSALUD y el Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, cuyo objeto fue concurrir al pago de la deuda prestacional de los funcionarios y exfuncionarios de DASALUD, hoy Secretaría de Desarrollo de la Salud; además, indica que la convocante, durante el tiempo que laboró para la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERIA, no hizo aportes a pensión.

Agrega que el encargado de concurrir al pago del pasivo prestacional del sector salud a corte de 31 de diciembre de 1993, es la NACIÓN – MINHACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, junto con los entes territoriales y las entidades hospitalarias. Por ello, pide que se amplíe el contrato de concurrencia suscrito, para incluir como beneficiaria a la promotora, a fin de que el pago del bono pensional no solo esté a cargo del ente territorial, sino que se respete la proporción pactada en ese convenio.

3. Apelación del MINHACIENDA

El gestor del Ministerio adujo que el caso no se trata de una típica devolución de saldos, pues, la demandante se afilió al RAIS cuando tenía 69 años; por ende, asegura que no le asiste ningún derecho del sistema pensional, pues, a más de que superaba los requisitos legales para esa afiliación, solo cotizó dos meses. También considera irregular el hecho de que se haya afiliado al RAIS mucho tiempo después de la edad mínima de pensión, cuando ya no tenía expectativa pensional alguna.

En su criterio, lo que pretendió la actora con ese actuar, fue recibir una prestación distinta a la que por Ley le corresponde, lo cual, conduciría al descalabro del sistema, en tanto, se le reconocería un beneficio con tan solo dos meses cotizados, pero con una capitalización similar a si hubiera permanecido muchos años en el sistema. En respaldo, trajo a cita un precedente de la Sala Laboral del TSDJ de Medellín, para concluir que la actora no tiene derecho a que se expida un bono pensional, sino una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Finalmente, adujo que como la actora no fue incluida por su empleador como beneficiaria del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, no puede reconocerse la prestación con los recursos de ese fondo, pues, ello sería premiar la negligencia de su empleador quien no inscribió a su trabajador en los términos de Ley.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Únicamente el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones de conclusión pretendiendo la confirmación de la sentencia apelada.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar: i) si la convocante está excluida del RAIS por no haber cotizado 500 semanas en ese régimen; además, establecer si su afiliación al sistema fue irregular. En caso negativo, ii) si hay lugar al bono pensional que se reclama y quién es el responsable de la liquidación, emisión y pago de esa prestación; además, determinar iii) si debe ampliarse el contrato de concurrencia suscrito entre el Departamento y el Minsalud para incluir a la demandante como beneficiaria y así el MINHACIENDA concurra al pago del bono. Finalmente, en virtud de la apelación de PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del ente territorial y el

MINHACIENDA, verificar: iv) si hay lugar a imponerles condena en costas por lo actuado en la primera instancia.

3. La convocante no está excluida del RAIS

3.1. La AFP PROTECCIÓN alega que la promotora no tiene derecho a la devolución de saldos, porque no cotizó mínimo 500 semanas al RAIS; por ende, está excluida de ese régimen según lo prevé el artículo 61 literal b de la Ley 100 de 1993.

3.2. Pues bien, el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, contempla los eventos en los que una persona se encuentra excluida de la afiliación al RAIS; indicando lo siguiente:

«ARTÍCULO 61. PERSONAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes».

3.3. En el caso, no tiene razón PROTECCIÓN, pues, tal como lo sostuvo la A quo, a la entrada en vigencia del sistema pensional, la promotora tenía menos de 50 años, pues nació el 06 de julio de 1951; por ende, no se cumple el primer supuesto previsto en el literal B de la norma en cita para considerarla excluida del RAIS. Pero, si esto no bastara, habría que indicar que el requisito de cotizar 500 semanas al que alude la parte final de esa misma disposición, solo es exigible cuando el afiliado tenga capacidad de seguir cotizando al sistema, pero no, cuando ello le resulte imposible; cuestión que tiene respaldo tanto en el precedente de la Honorable Sala de Casación Laboral (CSJ SL17421-2017, SL4313-2019, SL2188-2021), como de la Honorable Sala de Casación Civil (STC 02 jul. 2010, exp. 20001-22-14-000-2010-00011-01, STC 14 agt. 2008, exp. 110012215000-2008-00097-02), e incluso, de la Corte Constitucional (CC T-237 de 2008, T-708 de 2009).

Por ejemplo, en decisión CSJ SL17421- 2017, reiterada en SL4313-2019, ésta última citada en SL2188-2021, se precisó:

«(...) [R]esulta claro, sin lugar a dudas, que el hecho de que el asegurado no haya alcanzado a cotizar 500 semanas en el RAIS en donde fue aceptado por el Fondo privado sin ninguna limitación, pese a haber superado los 55 años de edad, no puede considerarse excluido del sistema después de haber permanecido en él por más de cuatro (4) años, y mucho menos constituir un impedimento para acceder a la devolución de saldos y el pago de los bonos pensionales

a los que haya lugar, puesto que los artículos 66, 67, 113 y 115 de la L. 100/93, así como el artículo 28 del D. 1513 de 1998 y el artículo 2 del D. 1299/94, no prevén ninguna limitante, prohibición o restricción para el reconocimiento, emisión y pago del bono por esa circunstancia».

En CSJ STC 02 jul. 2010, exp. 20001-22-14-000-2010-00011-01, se dispuso:

«(...) se evidencia que Carmen Clara Gutiérrez es persona de la tercera edad, pues nació el 14 de junio de 1943, por lo que en la actualidad cuenta con 66 años de edad, cotizó al Instituto del Seguro Social bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y en vigencia del nuevo sistema de seguridad social se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante afiliación a Citi Colfondos Pensiones y Cesantías el 28 de febrero de 1997, además de lo cual ha manifestado su imposibilidad de seguir cotizando en el nuevo sistema, por lo que, en tales condiciones, es beneficiaria de la excepción que a la regla general contenida en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 consagró el artículo 21 del Decreto 1474 de 1997 modificado por el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, según el cual a las mujeres mayores de 50 años y a los hombres mayores de 55 años que se hubiesen trasladado al nuevo régimen, no les sería exigible cotizar 500 semanas adicionales para poder negociar su bono pensional o solicitar la devolución de saldos, siempre y cuando manifestaran bajo la gravedad del juramento su imposibilidad de continuar cotizando en el nuevo sistema».

Y, en decisión T-237 de 2008, la Corte Constitucional señaló:

«(...) el juez de tutela, en virtud del principio de equidad que orienta las actuaciones judiciales y administrativas (art. 230 y 29 de la Constitución), debe aplicar el contenido del artículo 61 de la ley 100 de 1993 atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Es decir que la imposición del requisito de las quinientas (500) semanas, sólo se puede aplicar a aquellas personas que están en capacidad de seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones».

3.4. Traídos estos precedentes al caso, es evidente que, como la actora -quien es persona mayor de 70 años- pidió la devolución de saldos, es predicable que ello lo hizo por no tener la capacidad de continuar aportando al sistema -de hecho, su última cotización la hizo en diciembre de 2020-; lo cual, la exonera del requisito en comentario.

4. La afiliación de la promotora al RAIS no fue irregular

4.1. El MINHACIENDA sostiene que el caso no se trata de una típica devolución de saldos, pues, la demandante se afilió al RAIS cuando tenía 69 años; por ende, no le asiste ningún derecho del sistema pensional, en tanto, a más de que no cumplía los requisitos legales para esa afiliación, solo hizo dos cotizaciones. También considera irregular el hecho de que aquella se haya afiliado mucho tiempo después de cumplir la edad mínima de

pensión; lo cual, en su criterio, apareja que tendrá un beneficio económico mayor al que le incumbiría de no haberse afiliado a éste, lo que genera detrimento al sistema.

4.2. Pronto se advierte que el reparo no se acogerá, por cuanto, como se dijo, la limitación de edad no tiene relevancia para considerar excluida del RAIS a la promotora, pues, para el momento en que entró a regir el sistema pensional, ella tenía menos de 50 años. Al margen de esto, ha de indicarse que no existe ningún impedimento o disposición legal que excluya la posibilidad de acceder al sistema general de pensiones a las personas que cumplan o superen la edad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez (SL2991-2020, STL3403-2021, reiterada en STL2895-2022); y, por tanto, su afiliación se predica válida (SL2991-2020).

4.3. Tampoco afecta la validez de la afiliación el hecho de que la promotora solo haya cotizado dos meses al RAIS; ello, porque, como se extrae del CETIL, durante el período en que reclama el bono pensional, ella realizó aportes a pensión ante la Caja de Previsión Social de Córdoba (PDF «02 Demanda», págs. 21 a 27), los cuales, son la fuente de esa prestación económica. Recuérdese que, como lo tiene establecido la Honorable Sala de Casación Laboral, a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores. De

ahí que no se puede confundir el origen primigenio de los recursos con el instrumento que los materializa posteriormente (CSJ SL1127-2022, SL3775-2021). Más aún, cuando los artículos 66, 67, 113 y 115 de la Ley 100/93, así como el artículo 28 del Decreto 1513 de 1998 y el artículo 2 del Decreto 1299/94, no prevén ninguna limitante, prohibición o restricción para el reconocimiento, emisión y pago del bono por el hecho de no haber cotizado un mínimo de semanas al RAIS (SL17421-2017).

4.4. Aunado, como también lo ha establecido ese mismo órgano de cierre, no es razonable que el afiliado que no acredita las condiciones para la pensión pierda el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema representados en un bono pensional (CSJ SL451-2013). Esto, bajo el entendido que el bono pensional y la devolución de saldos no son erogaciones excluyentes (CSJ SL2649-2020); y, por ende, es perfectamente viable la inclusión de aquél -o sea del bono-, para efectos de devolución de saldos en el marco del RAIS (CSJ SL451-2013, reiterada en SL17421-2017, SL 5470-2018 y SL5041-2021).

4.5. A todo esto, se agrega como dicho de paso, que resultaría bastante problemático admitir la legitimación del MINHACIENDA para cuestionar la validez del acto de afiliación de la actora al RAIS, pues, es evidente que como éste no participó de ese convenio, resulta ser un sujeto ajeno al mismo; luego, su aptitud para cuestionarlo no es absolutamente evidente.

4.6. Ahora, el MINHACIENDA considera que con su afiliación al RAIS la promotora buscó obtener un mayor provecho económico, en detrimento de la sostenibilidad fiscal del sistema; ello, porque en este régimen obtendrá una prestación económica más favorable a la que recibiría en el RPM. Al respecto, ha de señalarse que tal reparo parte de un supuesto no acreditado en el proceso, cual es, que la vinculación al RAIS representa un mayor beneficio a la convocante; empero, si se acepta ese supuesto como cierto, entonces, habría que indicar que el sistema es permisivo de la libertad de escogencia, precisamente, con miras a que cada afiliado pueda establecer cuál de los dos regímenes le representa mayor beneficio. De allí que, el hecho que a la promotora le sea más favorable el RAIS que el RPM, ninguna relevancia tiene de cara a la validez de su afiliación, pues, la elección del régimen pensional resulta ser un derecho del que puede disponer de manera libre, voluntaria e informada.

4.7. Sobre el punto, no ha de perderse de vista que la libertad de escogencia, como principio asociado al derecho fundamental a la seguridad social, supone la posibilidad para el afiliado en materia pensional de elegir el régimen pensional; así como de escoger, si se trata del RAIS, entre la devolución de saldos o seguir cotizando, en los términos del art. 66 de la Ley 100 de 1993; y, también, de elegir la modalidad de pensión en los términos del art. 79 del mismo estatuto (CC, T-427/22).

5. Sobre el responsable de emitir, liquidar y pagar el bono pensional

5.1. La A quo ordenó al MINHACIENDA realizar la liquidación del bono pensional tipo A por el tiempo que la actora laboró en la ESE HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERIA entre el 16 de julio de 1972 y el 11 de julio de 1980. Igualmente, hizo recaer en el Departamento la obligación de emitir y pagar el bono a la cuenta de ahorro individual de la promotora; e impuso a PROTECCIÓN que, cumplido lo anterior, haga la devolución de aportes pertinente a esos tiempos.

5.2. Pues bien, en lo atinente a la liquidación, emisión y pago del bono, la sentencia se mantendrá incólume, por ser el resultado de un análisis ponderado y cuidadoso de las normas que regulan esos aspectos.

5.3. En efecto, véase que la A quo analizó las disposiciones pertinentes para establecer la autoridad que debe cumplir las obligaciones de emisión, liquidación y pago del bono pensional. Por ejemplo, con base en el artículo 14 del decreto 1299 de 1994 y lo consignado en el CETIL, encontró que el Departamento de Córdoba es la obligada a emitir y pagar el bono pensional, previa liquidación efectuada por el MINHACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, por aquella haber sido la última entidad responsable del pago de los aportes a pensión de la

demandante. Y, aunque el Departamento, en su apelación, adujo que la actora no hizo aportes a pensión durante el tiempo objeto del bono pensional, ello se descarta con el mencionado CETIL, donde consta que tales aportes si se hicieron y la entidad responsable de ellos es el ente territorial.

5.4. En fin, lo referente a estos aspectos, que se estudian en virtud del grado de consulta, permanecerá inmodificable, por no evidenciarse error alguno en la decisión consultada, pues, se insiste, lo resuelto está conforme a los artículos 66, 67, 113 y 115 de la L. 100/93 y lo previsto en el Decreto 1299/94, que disciplinan lo atinente a la emisión, liquidación y redención de bonos pensionales.

5.5. En cuanto a la condena a la devolución de saldos impuesta a PROTECCIÓN, ello es asunto que también se mantendrá invariable, por cuanto, ese preciso aspecto no fue objeto de apelación por parte de la AFP. Su única inconformidad frente a este tópico, se redujo a que la promotora no tenía derecho a la prestación por estar excluida del RAIS al no haber cotizado 500 semanas dentro de ese régimen; sin embargo, tal embate fue desestimado por la Sala.

6. En cuanto a que el MINHACIENDA debe concurrir al pago del bono pensional

6.1. El Departamento, en lo sustancial, alega que su obligación con los trabajadores de las distintas ESE se limita al pago del pasivo del sector salud, en los términos del contrato de concurrencia que suscribió con el Ministerio de Salud; por ende, como la actora no es beneficiaria de ese convenio, pide ampliarlo para que ella quede cobijada con el mismo y, entonces, el MINHACIENDA concurra a pagar el bono pensional.

6.2. Pues bien, el reparo no ha de acogerse, porque, si lo que pretende el Departamento es que el Ministerio concurra al pago del bono pensional con cargo al contrato de concurrencia que aquél suscribió con el MINSALUD, ello solo sería posible si la actora resulta ser beneficiaria de ese convenio. Pero como la A quo concluyó que no lo es -y ninguna de las partes discute esa determinación- la Sala descarta esa posibilidad.

6.3. Con otras palabras, si en la instancia no hay controversia en cuanto a que la convocante no es beneficiaria del contrato de concurrencia atrás aludido, entonces, la condena al pago del bono pensional no puede extenderse contra el MINHACIENDA, pues ello sólo sería posible si la promotora estuviera cobijada con dicho convenio; empero, como tal aspecto fue descartado por la A quo y ninguna de las partes lo cuestiona, entonces, no es factible modificarlo, por fuerza del principio de consonancia.

6.4. Recuérdese que, 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), en principio, está a cargo de la entidad legalmente llamada a responder por éste, a menos que esa obligación se traslade a la Nación con ocasión a la suscripción de un contrato de concurrencia, donde se pacte que esa deuda se distribuirá proporcionalmente entre ésta -o sea, la Nación- y la entidad territorial pertinente (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-748/13). Y, aunque en el caso no hay duda de que ese convenio existe, lo cierto es que la A quo consideró que la promotora no es beneficiaria del mismo; determinación que, como nadie la discute, entonces, resulta ser un aspecto inmodificable del litigio que impide reconocer la prestación con cargo a aquel contrato -o sea, el de concurrencia-.

6.5. Ahora, el Departamento en su apelación pretende que se amplíe la cobertura de ese convenio para hacerlo extensivo a la actora y así el Ministerio concurra al pago del bono pensional. Empero, tal planteamiento para nada es de recibo, porque se trata de una pretensión no pedida en la demanda que, por ende, desborda el objeto del litigio. En esa medida, el reclamo no está al alcance del Tribunal, por cuanto, el Juez de alzada carece de facultades ultra y extra petita (Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias

C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, CSJ SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118).

6.6. Finalmente, no se desconoce que esta misma Sala del Tribunal en sentencia de fecha 23 de mayo de 2023, proferida dentro del radicado 23-001-31-05-003-2021-00180-01, Folio 118-23, con ponencia de quien hoy cumple el mismo rol, analizó un asunto similar en el que se concluyó que la parte allá demandante sí era beneficiaria del convenio de concurrencia en alusión. Empero, ese debate se surtió, porque en ese caso se discutía tal aspecto en la instancia, lo cual, como se dijo, aquí no acontece.

7. Sobre la condena en costas en primera instancia

7.1. La A quo condenó en costas al Departamento de Córdoba, el MINHACIENDA y PROTECCIÓN. 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 (SL4019-2021, SL4092-2018 y SL4650-2017).

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”.

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.

8. Costas en la segunda instancia

Dado que la parte actora replicó a los recursos de apelación, en su favor, se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia a las apelantes, esto es, a PROTECCIÓN S.A., el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en favor del convocante (CGP, art. 365-8°).

Las agencias en derecho se fijan en una suma equivalente a un (1) SMLMV para cada uno de los mentados apelantes, que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554; y, se acude a ese quantum, porque cada una de las apelaciones plantearon reparos diferentes, lo que revela el grado de 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

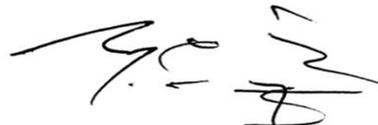
Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: 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

Contenido

MARCO TULIO BORJA PARADAS	1
FOLIO 251-2023.....	1
Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00138-01	1
<i>Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual.</i>	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
1.2. Hechos.....	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA.....	5
Y CONSULTADA.....	5
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	5
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	8
VI. CONSIDERACIONES	8
1. Presupuestos procesales	8
2. Problema jurídico	8
3. La convocante no está excluida del RAIS	9
4. La afiliación de la promotora al RAIS no fue irregular.....	12
5. Sobre el responsable de emitir, liquidar y pagar el bono pensional	16
6. En cuanto a que el MINHACIENDA debe concurrir al pago del bono pensional	17
7. Sobre la condena en costas en primera instancia.....	20
8. Costas en la segunda instancia	22
VII. DECISIÓN.....	22
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.....	23
.....	23

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2022-00172-01 FOLIO 248 – 23

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el demandante **ENRIQUE CARLOS GARCIA NAVARRO**, respecto de la sentencia proferida en audiencia el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ENRIQUE CARLOS GARCIA NAVARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **ENRIQUE CARLOS GARCIA NAVARRO**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colfondos S.A., trasladar todos los aportes pensionales recibidos en vigencia de la afiliación del accionante, más los respectivos rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos que se encuentren en la cuenta individual del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra

Colpensiones y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades Ultra y Extra Petita.

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

-Nació el 21 de agosto de 1958 y estuvo vinculo al ISS hoy Colpensiones a partir del 01 de enero de 1997. Posterior a ello, se trasladó a Colfondos S.A., en el mes de mayo del año 2000.

-Manifiesta que al momento de consolidar su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de la AFP Colfondos S.A., esta sociedad no le informó documentalmente acerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y hacer efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, menos aún acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión de vejez.

-Aduce que presentó solicitud de traslado a Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

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

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

2.3.2. COLFONDOS propuso las excepciones de *ausencia de vicio de nulidad en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, situación pensional consolidada del demandante, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado manifiesta que se encuentra acreditado que el señor Enrique Carlos García Navarro, perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, por otro lado, refiere que se encontró probado dentro del plenario que el actor efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por Colfondos S.A., y que del mismo, se le consolidó una pensión de vejez al señor Enrique Carlos García Navarro bajo la modalidad de retiro programado a través del mecanismo de garantía de pensión mínima. Por lo anterior, el demandante tiene la calidad de pensionado, situación jurídica consolidada, estatus jurídico que en términos de la Corte Suprema de Justicia no es razonable retrotraer, aunado a que el accionante activó la petición pensional, por lo cual, no era dable que luego de haberse reconocido, decidiera no acceder a ella.

Así las cosas, arguye el Despacho que en el presente caso no hay lugar a declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. Lo anterior, debido a que el demandante, el señor Enrique Carlos García Navarro, goza de un estatus jurídico de pensionado y conforme a la SL 373/21, se ha establecido que: *“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un*

estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” Por lo tanto, resulta improcedente la invalidación del traslado de un régimen a otro, cuando quien demanda es un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A.

En cuanto a las excepciones, declara probada la excepción denominada: *situación pensional consolidada del demandante*, propuesta por Colfondos S.A., y ante ello, se abstiene el Despacho de examinar los demás medios exceptivos, debido a que la excepción en comento conduce a rechazar todas las pretensiones de la demanda. Finalmente, condena en costas a favor de Colpensiones y Colfondos S.A., a cargo del demandante.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación del Demandante.

La parte demandante por conducto de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad, argumentando que no se encuentra probado que el señor Enrique Carlos García Navarro esté disfrutando de una mesada pensional, así también, refiere que no se ha hecho uso de los recursos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, por lo que considera que sí se debe declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., aunado a ello, expresa que no se puede encontrar materializada la pensión de vejez, por cuanto el señor Enrique Carlos García Navarro no ha hecho efectivo el envío de los documentos requeridos por Colfondos S.A., para que este empiece a surtir efectos.

De otra parte, refiere que no solicitó reconocimiento de pensión de vejez, sino solicitud de devolución de saldos, formato en el que se encuentra inmiscuida la

primera. Finalmente, solicita se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante por conducto de su apoderado judicial presentó alegatos de conclusión dentro del término, solicitando se revoque la sentencia de fecha 24 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, se acceda favorablemente a todas las pretensiones de la demanda y se condene a las accionadas en costas de 1ra y 2da instancia.

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si puede pregonarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que le fue concedida en el RAIS *(ii)* De ser así, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados.

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media

con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes enunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA:

*“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**. De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”*

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

traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo consentimiento libre y voluntario.

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

[...].

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

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

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que Colfondos S.A., allegó *Historial de Vinculaciones* en donde se constata que el demandante se encontraba vinculado a Colpensiones con fecha de efectividad 02 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo del año 2000, asimismo, se evidencia que el señor Enrique Carlos García Navarro, solicitó traslado de régimen el 21 de febrero del año 2000 a la AFP Colfondos S.A., con fecha de efectividad del 01 de abril del año 2000, traslado del cual no puede extraerse la información que echa de menos el actor y la exigible en la Ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado.

Por tanto, siendo deber legal de las administradoras y fondos de pensiones acreditar fehacientemente que brindaron la información clara, completa y veraz al afiliado de las características, ventajas y desventajas que ofrecen los dos regímenes pensionales - RPM y RAIS, deber que no demostró haber cumplido en el sub examine COLFONDOS S.A., no puede pregonarse que el traslado que realizó la demandante lo fue bajo consentimiento informado.

No obstante, evidencia esta Judicatura que el demandante, el señor Enrique Carlos García Navarro, realizó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS, y al momento de invocar la nulidad y/o ineficacia del mismo, se acredita de la contestación allegada por Colfondos S.A., de *Folio 03* a *Folio 08*, que al demandante le fue reconocida bajo comunicado RAD-98338-3-22 del 31 de marzo de 2022, Garantía de Pensión Mínima bajo la modalidad de retiro programado. Es decir, la parte actora alcanzó una prestación propia del sistema pensional que ampara el riesgo de la vejez y, por lo tanto, goza de la condición y estatus de pensionado que en términos de la Corte Suprema de Justicia no es razonable retrotraer, aún a pesar de no existir prueba alguna de que el demandante se encuentre disfrutando de su pensión consolidada.

Lo anterior torna imperioso traer a colación la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicado 844775, con ponencia de la magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO donde la Corporación en un caso similar precisó:

“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos adm simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión.

Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”.

Acorde con lo expuesto, sin desconocer la ausencia de información a la que alude el demandante al momento de realizar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ha de concluir que no es posible acceder a decretar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, pues para el momento de invocar la misma, ya tenía consolidado el estatus de pensionado, prestación concedida bajo la garantía de pensión mínima que ameritó la participación de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y finalmente el reconocimiento por este último.

Por último, con el fin de esclarecer, sostiene esta Sala que la garantía de pensión mínima bajo la modalidad de retiro programado otorgada por el RAIS le resulta más beneficiosa al actor que haberse trasladado al RPM, toda vez que las semanas requeridas para recibir la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida son de 1.300 semanas, requisito que no cumple el actor.

Ahora bien, conforme con la sentencia STL3236/21, se ha establecido que: *“En desarrollo del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, el legislador creó la garantía de pensión mínima, como prestación a la cual pueden acceder los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de esa misma ley, pero que ya alcanzaron la edad de jubilación. En otros términos, de acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, “esta garantía se puede definir como el beneficio económico que reconoce el Estado a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para aquellos afiliados que a pesar de contar con la edad para pensionarse (62 años de edad, en el caso de los hombres y, 57 si son mujeres), no cuentan con el capital necesario para generar una pensión mínima, habiendo cotizado por lo menos 1150 semanas (para lo cual deberán contabilizarse las semanas incluidas en el cálculo del Bono Pensional), caso en el cual el afiliado tendrá derecho a que el Estado le complete la parte que haga falta para obtener una pensión mínima.”* Así las cosas, teniendo en consideración que el señor Enrique Carlos García Navarro, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento y pago de una pensión mínima de vejez dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, cuenta con la edad de 65 años y cotizó 1152 semanas, le corresponderá el monto de un salario mínimo legal mensual vigente.

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra el demandante.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada del 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 231623103001 2019-00501-01 FOLIO 251-22

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

Decide el Tribunal lo que en derecho corresponda sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PROAGROCOR SA, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 17 de junio de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por CARMELO EMIRO RUIZ MENDOZA contra PROAGROCOR SA.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

CARMELO EMIRO RUIZ MENDOZA demandó a PROAGROCOR SA, para que se declare que existió un quebranto en su salud física, psicológica, psíquica y afectiva mientras se encontraba a órdenes de la empresa demandada; así mismo, solicitó declarar que fue despedido en estado de incapacidad y/o debilidad manifiesta sin mediar permiso del Ministerio del Trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se ordene a la demandada efectuar el reintegro inmediato al cargo que venía ocupando o a otro de igual o mayor jerarquía; de otra parte, pretende que se condene a la demandada a pagar las cotizaciones en el sistema general de seguridad social, salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de la terminación del

contrato hasta que se efectuó el reintegro, la indemnización equivalente a 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de la sanción por la no consignación de cesantías, el pago de intereses moratorios; y, el pago de costas y agencias procesales.

1.2. Hechos

Relató la parte actora que se vinculó con la empresa demandada mediante un contrato de trabajo de forma verbal a término indefinido desde el 01 de enero de 1988 hasta el 15 de noviembre de 2016, fecha en la que fue despedido del cargo de conductor de maquinaria pesada.

Señaló que desde hace 15 años padece de una enfermedad que se derivó de un esfuerzo realizado como operario de un tractor bajo el diagnóstico de: *“Radiculopatía Lumbar, Discopatía degenerativa, espondilortrosis, hernia discal protuida L5 – S1 con compromiso del receso lateral derecho.”*

Indicó que debido a su enfermedad fue reubicado de labor en la anualidad de 2006, realizando trabajos de oficina; y, a partir del año 2011 fue relegado de la actividad laboral, siendo aislado, sin permitirle el mínimo desplazamiento por las instalaciones de la compañía.

Manifestó que la empresa demandada conoce su estado de salud en atención a que fue notificada e informada por parte de la ARL, la EPS y la AFP de los primeros síntomas de la patología diagnosticada, las incapacidades y la calificación emitida.

Con ocasión a la terminación de la relación laboral, fue desafiliado del Sistema General de Seguridad Social en Salud por lo que su EPS le ha negado la prestación de los servicios médicos de salud. De otra parte, señaló que no se encuentra en condiciones económicas de sufragar los costos del tratamiento que

requiere para su patología y que tiene la calidad de padre cabeza de familia, pues su compañera depende de él desde hace 31 años.

Finalmente, informó que el último salario percibido fue el de un SMMLV para la época.

2. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, PROAGROCOR SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda, al considerar que existió una relación de trabajo con el actor a término fijo el cual terminó bajo la expiración del plazo pactado. En ese sentido, señaló que pagó al demandante todas las obligaciones de carácter laboral que se causaron durante la vigencia de la relación de trabajo y que lo afilió al sistema general de seguridad social realizando los correspondientes aportes en salud, pensión y riesgos laborales.

Frente a la solicitud de reintegro, manifestó que en virtud de lo preceptuado en la Ley 48 de 1968, la acción de reintegro prescribe en el término de tres meses contados a partir de la fecha de retiro del trabajador. Finalmente, aseguró que todas las reclamaciones realizadas por el actor carecen de fundamento.

En lo que respecta a los hechos, la empresa demandada aceptó algunos y los demás los consideró como no ciertos. Finalmente, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe del empleador, mala fe del trabajador, pago de lo no debido y prescripción.

3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante proveído del 17 de junio de 2022, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté – Córdoba, declaró sin efecto la finalización unilateral del

contrato de trabajo efectuada al demandante el 15 de noviembre de 2016 y como consecuencia ordenó su reintegro laboral en iguales o mejores condiciones, siendo obligada la empresa demandada a pagar los salarios, prestaciones sociales dejadas de percibir hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro; así como la indexación de dichas sumas.

De otra parte, ordenó a la demandada a efectuar los aportes al sistema general de pensiones desde el día 16 de noviembre de 2019 y condenó a la demandada a pagar en favor del demandante la indemnización equivalente a 180 días de salario, conforme con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Finalmente, denegó las demás pretensiones incoadas en el escrito de demanda y condenó en costas al demandado fijando como agencia en derecho el valor de 2 SMLMV.

Como consideraciones, indicó que el contrato de trabajo fue terminado de manera anticipada por la empresa demandada el pasado 15 de noviembre de 2016; sin embargo, observó que la demandada realizó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que concluyó que la relación laboral no finalizó por la expiración del plazo pactado.

En lo que se refiere a la excepción de prescripción, adujo que conforme se observa del plenario la demanda fue presentada el día 15 de noviembre de 2019 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba, y remitida con posterioridad el 19 de noviembre de 2019 al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté – Córdoba para su conocimiento, sin que pueda predicarse de ello la mala fe de la vocera judicial de la parte demandante o del funcionario judicial ante la inexistencia de prueba que así lo acredite. Por lo que concluyó, que la demanda fue presentada en término sin que exista lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

Fijó como extremos temporales que el contrato de trabajo se mantuvo vigente entre el 01 de enero de 2003 y el 15 de noviembre de 2016; así mismo, sostuvo que conforme con las pruebas documentales aportadas, el demandante padece de diferentes patologías que fueron del conocimiento de la demandada quien por medio de la prueba de oficio decretada por el despacho, aportó finalmente la historia clínica del demandante y que en diferentes oportunidades fue la empresa quien notificó al trabajador de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, situación que además fue aceptada por PROAGROCOR SA en el escrito de contestación de la demanda.

Declaró que hay lugar a determinar el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba el trabajador, pues cuenta con dictámenes de pérdida de capacidad laboral superiores al 40%; de otra parte, reiteró que el contrato de trabajo finalizó de manera anticipada a la expiración del plazo pactado y en virtud de la línea jurisprudencial sobre fuero de estabilidad laboral reforzada, este aplica a los contratos de trabajo cuya naturaleza sea a término fijo.

Por lo anterior, consideró que se debe dejar sin efecto la terminación unilateral del contrato de trabajo efectuada el 15 de noviembre de 2016 y como consecuencia ordenar el reintegro del trabajador. De otro lado, indicó que no era procedente condenar a la demandada por concepto de la indemnización moratoria por la no consignación a las cesantías en atención a que para la fecha de la terminación del vínculo laboral, al trabajador le fue pagada dicha prestación social; y que, ante la prosperidad de la pretensión principal no era necesario analizar la pretensión subsidiaria consistente en el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, indicando que no se probó dentro del proceso que

el demandante contara con una discapacidad importante o debilidad manifiesta para laborar en las actividades encomendadas por la compañía; pues los múltiples dictámenes no dieron claridad sobre el estado de discapacidad del trabajador y el último dictamen practicado no fue comunicado a la empresa.

Indicó que la causa de terminación del contrato de trabajo aconteció bajo una causa justa pues el trabajador se encontraba activo en la empresa y se tomó la decisión de indemnizarlo por el tiempo faltante para expirar el contrato. De otra parte, señaló que la situación de salud del actor no le impedía laborar.

En lo que se refiere a la excepción de prescripción, afirmó que la recepción de la demanda y sus anexos fue tramitada el día 15 de noviembre de 2019 ante un Juzgado que no se encontraba en turno de reparto; por lo que tal situación, a la luz de la sana crítica, de la persuasión racional y de las reglas de la experiencia deberán ser analizadas por el juzgador de segunda instancia, pues incluso en su sentir el número de 97 folios reportado en el oficio No. 2198 del 18 de noviembre de 2019, no coincide con el número de folios que recibió la empresa demandada con la notificación de la demanda.

Así pues, consideró que tal circunstancia le permite inferir que en realidad el expediente fue radicado en una fecha posterior al 15 de noviembre de 2019, esto es, el 19 de noviembre de 2019 data en que se recibió el expediente por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté – Córdoba. En ese sentido, citó una decisión emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo dentro del radicado 20070572 de la Sala Unitaria Civil – Familia y Laboral, en la que se argumentó que no se puede premiar la negligencia o falta de cuidado cuando un memorial es presentado en un estrado judicial diferente, pues de admitir que fue radicado en un tiempo legalmente hábil conduciría a desconocer la perentoriedad de los términos establecidos en el CGP para la realización de las actuaciones judiciales.

Finalmente, indicó que en calidad de apoderado judicial se encuentra ante un estrado judicial, argumentando situaciones reflejadas en el expediente digital y que actúa de buena fe en defensa de los intereses de su representada, por lo que considera pertinente advertir dicha situación, visible dentro del plenario.

5. TRÁMITE

Mediante auto adiado el 11 de agosto de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia y se corrió traslado a las partes para alegar en esta instancia.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Presupuestos procesales

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

7.2. Problema Jurídico

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

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda se encuentran afectadas por

el fenómeno de la prescripción en materia laboral; y, ii) Si a la terminación del contrato de trabajo la actora sufría alguna discapacidad, proveniente de una enfermedad que la hiciera beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada y en tal caso si procede el reintegro del trabajador y el pago de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

7.3. Del estudio de Prescripción

De acuerdo a lo argumentado por el recurrente en el presente asunto, conduce a la Sala a examinar la configuración o no el fenómeno de prescripción, como excepción planteada por la accionada en la contestación de la demanda.

Pues bien, la figura de la prescripción está regulada en los artículos 488 del C.S. del T y 151 del C.P.L, así:

“Artículo 488.- Regla General. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Así las cosas, en primera medida se advierte que tal y como lo señaló el *a-quo* en la sentencia apelada, la empresa demandada en principio emitió un preaviso que data del 09 de noviembre de 2016 (folio 12 del archivo “04.1 - ContestacionDemanda.pdf”), en el que comunicó al actor que el contrato de trabajo a término fijo fenecía el 31 de diciembre de 2016 y que por tanto no sería prorrogado nuevamente; no obstante, obra dentro de las mismas pruebas

allegadas por la demandada la documental visible a (folio 11 del archivo “04.1 - *ContestacionDemanda.pdf*”) que da cuenta que la relación laboral finalizó de forma anticipada el día 15 de noviembre de 2016, tal situación se ve reflejada igualmente con la prueba aportada por la parte demandante denominada: “*Acta de liquidación definitiva de contrato de trabajo*” que señala igual fecha de retiro del trabajador (folio 20 del archivo “01.1 - 2019-00501-00 *EXPEDIENTE.pdf*”).

Lo anterior, permite a esta Sala comprender que, si el vínculo laboral finalizó el 15 de noviembre de 2016, la parte demandante podía presentar la correspondiente acción legal hasta el día 15 de noviembre de 2019 para no superar el término trienal establecido en la norma.

Ahora bien, conforme con los argumentos expuestos por el recurrente, esta Judicatura examinó el plenario encontrando las siguientes situaciones:

1. En efecto, el escrito inicial de la demanda cuenta con un sello de recibido del 15 de noviembre de 2019 a las 4:55 p.m., que fue impuesto por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba. (folio 18 del archivo “01.1 - 2019-00501-00 *EXPEDIENTE.pdf*”)
2. Obra a folio 03 del mismo archivo, el oficio No. 2198 del 18 de noviembre de 2019, por el cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba remite el expediente de la referencia al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba, en los siguientes términos:

“Adjunto le remito el proceso anotado en la referencia para que se sirva someter al reparto en virtud a que por error se recibió el día viernes por la tarde sin percatarnos que no correspondía. Consta de un cuaderno principal con 97 folios (2) CD, copia traslado y archivo”.

3. El acta de reparto visible a folio 02 del mismo archivo, señala por fecha de presentación y fecha de reparto el 18 de noviembre de 2019, adjudicando el expediente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté – Córdoba con fecha de recibo del 19 de noviembre de 2019.

Así las cosas, infiere el recurrente que el expediente fue radicado en una fecha posterior al 15 de noviembre de 2019, pues en su sentir encuentra con extrañeza la recepción de un expediente por parte de un estrado judicial que no se encontraba gestionando el turno de reparto; no obstante, esta Sala advierte que la situación presentada se encuentra debidamente justificada con la trazabilidad que tuvo el expediente bajo el Oficio No. 2198 del 18 de noviembre de 2019, en la que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba remite para repartir el proceso al juzgado en turno, quien posterior a ello lo designa al *a-quo*.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en auto AC1646-2021 de radicación No. 76147-31-10-001-2016-00164-02, indicó:

“Ahora bien, para que sean tenidos en cuenta los memoriales o escritos de las partes, aquellos deben presentarse «por cualquier medio idóneo», ante la autoridad judicial respectiva y en el término legal establecido para ello, conforme a lo previsto en el artículo 109 ejusdem, que indica, «los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término.».

Sin embargo, la mencionada norma también establece en su párrafo que, «La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará la forma de presentar memoriales en centros administrativos, de apoyo, secretarías conjuntas, centros de radicación o similares, con destino a un determinado despacho judicial. En esos casos, la presentación se entenderá realizada el día en que fue radicado el memorial en alguna de estas dependencias». (Subrayado fuera del texto).

*De ahí que, en principio, los escritos de las partes deban allegarse en la oficina judicial a la que van dirigidos; sin embargo, como excepción a esa generalidad, es posible **radicarlos** en un centro administrativo, de apoyo o secretaría conjunta, centro de radicación o similares, **siempre y cuando lo haya reglamentado el Consejo Superior de la Judicatura y tales entidades presten sus servicios a las autoridades a los que van destinados los documentos, oportunidad en las que se entenderá recibido el memorial en el día que fue radicado en dichas dependencias.***

*De ahí que, no sea suficiente con dejarlos en la oficina de correos o ante cualquier autoridad, porque lo cierto es que los memoriales deben llegar tempestivamente a la Secretaría del Despacho de conocimiento o a las referidas dependencias de la rama judicial, **si la existente en el lugar tiene a cargo tal función y si está se encuentra debidamente reglamentada conforme lo indica la ley.***

En razón de lo anterior, es preciso traer a colación el Acuerdo 1480 de 2002 del Consejo Superior de la Judicatura “*por el cual se reglamenta el reparto de los asuntos laborales*”, en donde se indicó:

“Artículo 2°. La función del reparto. Las oficinas judiciales, oficinas de apoyo, oficinas de coordinación administrativa y servicios judiciales, oficinas de servicios y centros de servicios administrativos realizarán diariamente el reparto de los asuntos laborales de conocimiento de los juzgados y salas de tribunales de su sede.

El reparto de las demandas laborales y acciones constitucionales se efectuará con el software Sistema de Administración de Reparto Judicial (SARJ), el cual será suministrado e implementado por la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, responsable de su mantenimiento técnico y actualizaciones, previa autorización de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El software Sistema de Reparto de Administración Judicial (SARJ), que se adopta por el presente Acuerdo, está estructurado sobre la base de una distribución equitativa de las cargas de trabajo entre los servidores judiciales, para lo cual se toman como reglas la agrupación de los asuntos por clases, según su naturaleza; su asignación por cada grupo a la suerte; con mecanismos de protección para evitar que sea manipulado y, especialmente, que se pueda seleccionar al juez de la causa.

Cuando se carezca de los medios electrónicos o hubiere daños en el sistema, el reparto se realizará en forma manual, siguiendo el número consecutivo de los juzgados por su especialidad y en orden alfabético de apellidos de los jueces y magistrados.

Parágrafo. El reparto de los asuntos laborales de competencia de los tribunales será asumido por las oficinas judiciales o de apoyo en la medida en que las circunstancias lo permitan; en todo caso, será obligatorio a partir del primero de julio del año 2003.

En el entretanto se seguirá efectuando como hoy funciona, respetando y aplicando el Sistema de Administración de Reparto Judicial (SARJ).

En los lugares en donde no hubiere oficina judicial, oficina de apoyo, oficina de coordinación administrativa y servicios judiciales u oficina de servicios, el reparto se hará por el juzgado de turno hasta tanto se establezca la correspondiente dependencia.”

De esta manera, en aplicación de las reglas de la experiencia se colige que los diferentes despachos de la sede judicial en Cereté – Córdoba surten el reparto por turnos de los diferentes tipos de procesos que reciben, así, en todo caso los errores cometidos en dicha gestión no deberían afectar en manera alguna a la parte demandante, como quiera que tal labor propia e interna de la sede judicial es una circunstancia que escapa de la órbita de los usuarios.

No obstante lo anterior, el criterio jurisprudencial es claro al establecer que: *“como excepción a esa generalidad, es posible radicarlos en un centro administrativo, de apoyo o secretaría conjunta, centro de radicación o similares, siempre y cuando lo haya reglamentado el Consejo Superior de la Judicatura y tales entidades presten sus servicios a las autoridades a los que van destinados los documentos, oportunidad en las que se entenderá recibido el memorial en el día que fue radicado en dichas dependencias”*.

En tal caso, la disposición Consejo Superior de la Judicatura explícitamente expone: *“En los lugares en donde no hubiere oficina judicial, oficina de apoyo, oficina de coordinación administrativa y servicios judiciales u oficina de servicios, el reparto se hará por el juzgado de turno hasta tanto se establezca la correspondiente dependencia”*. De manera que, tal situación supone a cargo de la parte interesada haber radicado el escrito inicial de la demanda en el juzgado en turno responsable del reparto.

En vista de lo anterior, conforme con el oficio No. 2198 del 18 de noviembre de 2019, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cereté – Córdoba, indicó: *“Adjunto le remito el proceso anotado en la referencia para que se sirva someter al reparto en virtud a que por **error se recibió el día viernes por la tarde sin percatarnos que no correspondía.** Consta de un cuaderno principal con 97 folios (2) CD, copia traslado y archivo”*. Por lo tanto, Es preciso entonces concluir que, la parte demandante omitió radicar la demanda inicial ante la dependencia correspondiente surtiendo así la asignación de reparto el día 18 de noviembre de 2019.

Así las cosas, se concluye que el reparo efectuado por la parte recurrente debe prosperar y en consecuencia de lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción en el entendido que la radicación del escrito inicial de la demanda se surtió en fecha posterior al 15 de noviembre de 2019.

Finalmente, ante el estudio efectuado esta Sala se relevará de estudiar el segundo problema jurídico, comoquiera que se declaró probada la excepción de prescripción.

8. COSTAS

Por las resultas del recurso se impondrá condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante, en esta instancia no se causaron.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 17 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **CARMELO EMIRO RUIZ MENDOZA** contra **PROAGROCOR SA**.

SEGUNDO: En consecuencia, **ABSOLVER** a la parte demandada de los reclamos impetrados en la demanda.

TERCERO: Costas en primera instancia a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-162-31-03-001-2018-00276-02 FOLIO 285-22

MONTERÍA, CATORCE (14) DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandantes y FUNLAMOR, contra la sentencia proferida en audiencia del 25 de febrero de 2021, por el Juzgado Primero Civil del Circuito De Cereté – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALERCY DEL ROSARIO JIMENEZ ROMERO, ENOVIS DE JESUS ARRIETA GONZALEZ, MARUJA DEL SOCORRO CHAVES TABOADA, MARIA JOSÉ CORONADO RHENALS, NARCISA ISABEL DURANGO CORRALES, MARIA BENEDICTA GONZÁLEZ DÍAZ, CRISTINA ISABEL GUZMAN JIMENEZ, GIOMAR LUCIA HERNANDEZ MORENO, HORTENCIA DEL CARMEN JARABA COGOLLO, DIANA CARMENSA LOPEZ MARTINEZ, MARTHA CECILIA MARZOLA ESPINOSA, NANCY NILECTA MENDOZA HERNANDEZ, RUTH ISABEL MENDOZA PAJARO, SUSANA MARIA MESTRA CASARRUBIA, MARIA ISABEL MESTRA OCHOA, GLORIA MARIA MONTES LÓPEZ, MARIA IRENE NARANJO GARCIA, ANA MILENA NARVAEZ LUNA, NOHORA BERTILDA NISPERUZA ORTEGA, NERYS DEL CARMEN OQUENDO VERBEL, MARIA JUDITH OTERO JARAMILLO, GRACIELA CONSUELO PAYARES, ESPERANZA ISABEL PEREZ BUSTAMANTE, OLINDA ISABEL POLO MONTALVO, MARJOLIA DE JESUS PUERTA ORTEGA, ELIANA ISABEL VALVERDE

POLO, CARMEN IRENE BLANQUICET GONZALEZ, CLORIDA DEL CARMEN OTERO HERRERA, YENIS DEL CARMEN BARGUIL CHICA y LEDY DEL CARMEN ARGEL CARBAJAL contra la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR”, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretenden las demandantes que se declare que tienen derecho a que las demandadas FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR reconozcan y paguen los salarios insolutos, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales comprendidas entre el 01 y el 31 de octubre de 2016. Así mismo, de manera subsidiaria solicitó hacer efectivas las garantías contempladas en la cláusula décima quinta del contrato de trabajo, la aplicación de las facultades de ultra y extra petita; y, la emisión de condena por concepto de costas y agencias en derecho.

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

Señalan que suscribieron sendos contratos de obra o labor con la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” desde el 01 de junio hasta el 31 de octubre de 2016, cuyo objeto se enmarcaba en la prestación de los servicios personales y exclusivos en el cargo de “madre comunitaria o agente educativo”. Así mismo, afirmaron que el salario pactado fue de \$689.455.

Mediante derecho de petición de 16 de agosto de 2017 dirigido a la Fundación, solicitaron el reconocimiento y pago de salarios adeudados, prestaciones

sociales y sanciones legales; sin embargo, en atención a que las instalaciones de la demandada se encontraban desocupadas, la radicación de tal solicitud resultó infructuosa.

Informaron que presentaron igual solicitud ante el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR del cual recibieron respuesta el 04 de septiembre de 2017 en la que se negaron las peticiones impetradas. No obstante, en respuesta diferente aportó copia de la Resolución No. 2110 de 22 de junio de 2017 en la que se resolvió el trámite del incumplimiento de la ejecución del contrato No. 286 de 2016 suscrito con la fundación y la Resolución No. 4250 del 21 de noviembre de 2017 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por las partes en contra de la resolución inicial; igualmente, manifestaron que fueron aportadas las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual de SEGUROS DEL ESTADO SA que amparan el riesgo de incumplimiento frente al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Finalmente, comentaron que el actuar de las demandadas desconoce sus derechos prestacionales, legales y laborales en calidad de madres comunitarias.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR allegó escrito de llamamiento en garantía y contestación de demanda en la que propuso como excepciones de mérito las denominadas: *legalidad de los actos o contratos, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad laboral y las que resulten probadas dentro del proceso.*

De otra parte se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico siendo que las

obligaciones se encuentra a cargo del empleador, por lo que la entidad solicitó ser absuelta de cualquier responsabilidad solicitada por la parte actora.

2.3.2. Mediante escrito de contestación, la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA., presentó como excepciones las denominadas; *falta de legitimación en la causa de las demandantes para demandar directamente a SEGUROS DEL ESTADO SA con cargo a la póliza de cumplimiento entidad estatal, imposibilidad jurídica y legal de las demandantes para afectar la póliza de cumplimiento a favor de las entidades estatales No. 85-44-101075914, imposibilidad jurídica y legal de afectar la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento, inexistencia de solidaridad frente a SEGUROS DEL ESTADO SA, inexistencia de relación laboral de la demandante con respecto al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF REGIONAL CÓRDOBA.*

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia indicó que la sentencia se emitiría únicamente para las demandantes ALERCY DEL ROSARIO JIMENEZ ROMERO, MARUJA DEL SOCORRO CHAVES TABOADA, MARIA JOSÉ CORONADO RHENALS, NARCISA ISABEL DURANGO CORRALES, MARIA BENEDICTA GONZÁLEZ DÍAZ, CRISTINA ISABEL GUZMAN JIMENEZ, GIOMAR LUCIA HERNANDEZ MORENO, HORTENCIA DEL CARMEN JARABA COGOLLO, DIANA CARMENSA LOPEZ MARTINEZ, SUSANA MARIA MESTRA CASARRUBIA, MARIA IRENE NARANJO GARCIA, ANA MILENA NARVAEZ LUNA, NOHORA BERTILDA NISPERUZA ORTEGA, MARIA JUDITH OTERO JARAMILLO, GRACIELA CONSUELO PAYARES, ESPERANZA ISABEL PEREZ BUSTAMANTE, OLINDA ISABEL POLO MONTALVO, MARJOLIA DE JESUS PUERTA ORTEGA, ELIANA ISABEL VALVERDE POLO y CARMEN IRENE BLANQUICET GONZALEZ, comoquiera que las

10 demandantes restantes suscribieron una transacción con la demandada FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR”.

De otra parte, sostuvo que los hechos de la demanda se encuentran acreditados dada la existencia de los contratos de trabajo de cada una de las demandantes desde el 01 de junio hasta el 31 de octubre del año 2016, así como el salario percibido.

Señaló que frente al ICBF, la Sentencia SU 079 de 2018 indica que las vinculaciones de las madres comunitarias no constituyen un contrato de trabajo con la entidad en mención, por lo que no se puede predicar solidaridad entre la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” y el ICBF, sin que puedan operar los artículos 35 y 36 del CST. En consecuencia, afirmó que el llamamiento en garantía no puede prosperar comoquiera que no dedujo responsabilidad dentro del presente asunto a cargo del ICBF.

Declaró que si bien la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” realizó consignaciones a nombre del despacho por los conceptos prestacionales que creía deber a las demandantes; lo cierto, es que dicho monto es incompleto conforme con la liquidación practicada por el juzgado.

Aseguró, que del cálculo a realizar no se puede incluir el concepto de auxilio de transporte dado que las trabajadoras no demostraron residir a más de 1.000 metros del sitio de distancia del lugar de trabajo o que el empleador no prestaba el servicio de transporte; y, que de la liquidación realizada a cada trabajadora le corresponde la suma de \$ 1.378.909, siendo que la demandada le adeuda a cada una el valor de \$ 49.405 como diferencia de lo ya pagado por la fundación en una cuantía de \$ 1.329.504.

En otro sentido, negó la pretensión de la indemnización por la no consignación de las cesantías y en su defecto, consideró que a las demandantes les asiste el

reconocimiento y pago de la indemnización moratoria teniendo en cuenta que la demandada no acreditó la situación por la cual afirmó que ante el incumplimiento del contrato suscrito con el ICBF se encontró en la imposibilidad de pagar los salarios y las prestaciones sociales de las trabajadoras, suceso desprovisto entonces de buena fe.

Siendo así, condenó a la fundación demandada a realizar el pago de la diferencia de los salarios y prestaciones adeudados en una cuantía de \$ 49.405,09 a cada una de las trabajadoras; al reconocimiento y pago de \$ 22.981,83 desde el 01 de noviembre de 2016 hasta por el término de 02 años; y, ordenó el pago de las costas procesales tasadas en el 5% del valor de las condenas.

IV RECURSO DE APELACIÓN

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

1. Manifestó no compartir la decisión adoptada por el *a-quo* para no condenar de manera solidaria al ICBF, dado que si bien en virtud del artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto Reglamentario 289 de 2014 se reconoce la formalización laboral de las madres comunitarias; lo cierto, es que la aplicación del Decreto Único Reglamentario 1012 de 2015 en el que se dispone que de la calidad de madres comunitarias no se puede predicar solidaridad patronal con el ICBF, tal disposición, esto es, un Decreto Reglamentario no tiene supremacía frente a la Ley en cuanto a la aplicación de la solidaridad patronal, máxime si se trata del reconocimiento y pago de los derechos laborales.

Por lo tanto, consideró que al existir dos normas opuestas se debe aplicar el principio de favorabilidad a las trabajadoras, quienes se encuentran desprotegidas frente a los abusos del contratista, por lo que absolver al ICBF es premiar su posición pasiva frente a las obligaciones que le

impone la ley para garantizar el pago de prestaciones sociales de las madres comunitarias a través de la efectivización de las pólizas.

2. De otra parte, respecto de la liquidación realizada por el juzgado de conocimiento, afirmó que la suma de los valores expresados en la sentencia se obtenía un valor de \$ 1.436.362, siendo que la diferencia a favor de cada una de las trabajadoras asciende a la suma de \$ 106.858 y no a \$ 49.405 como lo indicó el despacho.

4.2. La apoderada judicial de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

1. Señaló que no se encuentra conforme con la condena respecto de la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que no se comprobó la mala fe del empleador, pues si bien existió un incumplimiento frente al pago de salarios y prestaciones sociales, no es menos cierto que este ha sido subsanado por la fundación.

En ese sentido, afirmó que por un error involuntario demostrable con correos electrónicos no se indicaron los valores exactos a consignar por parte del ICBF, por lo que no recae sobre su representada el error presentado frente a la diferencia de la suma de \$ 49.405 a cada una de las madres comunitarias.

Consideró que lo anterior desvirtúa la mala fe, siendo incluso que la fundación se encuentra subordinada en virtud del contrato suscrito a lo que el ICBF consigna.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida SEGUROS DEL ESTADO SA presentó alegatos de conclusión en el que manifestó que dentro del presente asunto se

encuentra acreditada la falta de legitimación en la causa de las demandantes para demandar a la compañía de seguros con cargo a la póliza de cumplimiento estatal No. 85-44-101075914.

Luego de referirse a los amparos y exclusiones de la póliza, explicó la imposibilidad jurídica y legal para afectar la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada el cumplimiento No. 85-40-101028268.

Por lo anterior, solicitó al Tribunal mantener incólume la sentencia de primera instancia emitida por el *a-quo*.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales.

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

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si erró el *a-quo* al no emitir condena de manera solidaria en contra del ICBF; ii) Si erró el juez de conocimiento al cuantificar el valor de la diferencia que corresponde a cada trabajadora; y, iii) Si es procedente o no emitir condena por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

6.3. De la responsabilidad solidaria

Frente a este tópico, lo primero que ha de advertirse es que la responsabilidad solidaria se encuentra normada en el artículo 36 del CST, el cual reza:

“Artículo 36. Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”

En virtud de lo anterior, sostiene la parte recurrente que tal disposición ostenta una supremacía legal respecto del Decreto Único Reglamentario 1012 de 2015 que en su artículo 2.2.1.6.5.3., dispuso:

“Artículo 2.2.1.6.5.3. Calidad de las madres comunitarias. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.”
(Negrilla por fuera del texto)

Así las cosas, consideró que para el asunto de marras debe darse aplicación al principio de favorabilidad a fin de garantizar los derechos laborales de las trabajadoras, no siendo posible absolver al ICBF quien desde su posición pasiva ha omitido garantizar el pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho las madres comunitarias.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que, según lo advirtió el *a-quo*, en la SU-079 del 09 de agosto de 2018 se desató el siguiente problema jurídico:

“¿Determinar si entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las madres comunitarias y sustitutas puede predicarse la existencia de una relación laboral, con las consecuentes obligaciones que de allí se derivan, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de acuerdo a lo alegado por las accionantes?”

Para resolver lo anterior, Corte Constitucional efectuó el siguiente análisis en cuanto al programa de hogares comunitarios del Bienestar Familiar:

“A través de la Ley 89 de 1988, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, donde se definen los mismos como “aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país” (art. 1, parágrafo 2)”

En desarrollo de esta ley, el Decreto Reglamentario 2019 de 1989 dispuso que los programas de Hogares de Bienestar se fundamentan en el trabajo solidario de la comunidad, encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual y se constituyen “mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales”.

A través del Decreto 1340 de 1995 se estableció que el trabajo de las personas que participen en el programa de Hogares de Bienestar, es una contribución voluntaria, puesto que la obligación de asistir a los menores es de la familia y la sociedad, por lo tanto, su vinculación no constituye relación laboral con ninguna entidad.” (Negrilla por fuera del texto)

En la providencia que se analiza la Corte también hizo un análisis al Acuerdo 21 de 1996 expedido por el ICBF, a la Ley 1607 de 2012 y al Decreto 289 de 2014, normatividades con la que se reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del programa de hogares comunitarios de bienestar, aclarando lo siguiente:

“El ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1996, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar (...)

Igualmente, prevé la normativa que es la Asociación de Padres la responsable del cumplimiento del contrato de aporte y quien designa a las madres comunitarias, las

cuales aceptan y participan del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar “mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria” (art. 5°).

(...)

La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)

*En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 289 de 2014** reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2° que “Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social” (Destaca la Sala). **del mismo modo, el artículo 3° prevé que “las madres comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF”.***

Luego del análisis normativo y jurisprudencial, la Corte precisó:

“Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.”

Acorde con lo anterior, basta el precedente jurisprudencia citado para concluir que no puede pregonarse la existencia de una responsabilidad solidaria en los

términos expuestos por la parte recurrente, en tanto la normatividad expuesta, esto es, el decreto 289 de 2014 y el Decreto Único Reglamentario 1012 de 2015 no se contraponen a la disposición prevista en el artículo 36 del CST, pues la naturaleza jurídica referente a la formalización laboral que sucedió en el tiempo de las madres comunitarias aconteció bajo dos premisas básicas: “*no otorgarles la calidad de funcionarias públicas*”; y, “*sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF*”.

De modo que, no es posible en este asunto admitir siquiera la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad, comoquiera que se reitera la disposición normativa no está en contravía del precepto de responsabilidad solidaria consagrado en el artículo 36 del CST, pues el derecho otorgado a las madres comunitarias emergió bajo específicas condiciones que consecuentemente fundaron las excepciones y sobre las cuales no se encuentra conforme la parte recurrente.

De este modo, se concluye que el reparo efectuado por la parte demandante no ha de prosperar en esta instancia.

6.4. De la cuantificación liquidada por el *a-quo* frente a las prestaciones sociales

Para el caso en cuestión, se observa que la parte demandante sostiene que se equivocó el juez de conocimiento al no cuantificar de manera correcta los valores expuestos en la providencia dictada, comoquiera que la sumatoria de los mismos arrojaba la cuantía de \$ 1.436.362 y no de \$ 1.378.909 como lo afirmó el *a-quo* en su decisión.

Así las cosas, esta Judicatura verificó los valores mencionados por el juez de instancia, quien al respecto enunció la cuantía de cada prestación para cada una de las trabajadoras así:

Cesantías: \$ 287.272

Intereses a las Cesantías: \$ 28.727

Prima de Servicios: \$ 287.272

Vacaciones: \$143.636

Salario Insoluto Oct de 2016: 689.455

De esta manera, se observa que la sumatoria en efecto arroja un valor de: **\$1.436.362**, y no como lo manifestó el despacho de primera instancia en una cuantía de \$ 1.378.909.

Lo anterior, conduce a que la diferencia establecida entre la suma pagada por la demandada de \$1.329.504 y el valor de la liquidación en: \$1.436.362 es de: **\$106.858**.

De esta manera, se concluye frente a este punto que le asiste razón a la parte demandante, razón por la cual se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada para establecer que la suma por concepto de diferencia es igual a **\$106.858**.

6.5. De la indemnización moratoria

En este punto, se encuentra que la apoderada judicial de la parte demandada FUNDACIÓN MULTIACTIVA LAS MORAS “FUNLAMOR” manifestó su inconformidad respecto de la condena emitida por concepto de la indemnización moratoria, al considerar que no se comprobó una mala fe por parte del empleador. Sostiene, además, que ha subsanado su incumplimiento frente al reconocimiento y pago de los salarios adeudados y prestaciones sociales; y que en todo caso, se presentó un error involuntario en el sentido que el ICBF no indicó los valores exactos a consignar a cada una de las trabajadoras por lo que se presentó una diferencia de la suma de \$ 49.405 restante por pagar.

Así entonces, es menester recordar, *primae fascie*, que reiteradamente los

precedentes jurisprudenciales indican que la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. no opera de forma automática, debiendo el fallador examinar la conducta del empleador que conllevó la omisión de su deber; sin embargo, en el caso estudiado la parte accionada justifica la omisión del pago de salarios y prestaciones sociales en un error involuntario, imputable al ICBF.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2405 de 2023, recordó:

“Debe tenerse en cuenta que si bien la condena al pago de la indemnización moratoria no opera automáticamente, que es necesario que en cada caso en particular, se determine si la conducta de la empleadora estuvo revestida de razones atendibles que justifiquen su proceder; también se ha dicho que los motivos que se exponen como justificativos del incumplimiento, deben tener fundamento en unos argumentos sólidos y atendibles, que den un grado de certeza tal, que permita llevar a la creencia fundada de que se está actuando correctamente o conforme a la ley, lo que no ocurre en el presente asunto.”

Por tanto, se advierte que en ningún error incurrió el juez de conocimiento, pues la justificación expuesta por la accionada en el *sub examine* no puede ser considerada como obrar de buena fe, pues afirmar que la omisión en el pago de salarios y prestaciones tenía incidencia en la información recibida por parte del ICBF no es una situación tendiente en demostrar una imposibilidad del pago de las acreencias laborales adeudadas, máxime cuando a cada empleador le compete efectuar de manera rigurosa todos los cálculos de las acreencias laborales de sus dependientes.

Así mismo, tal situación no es satisfactoria pues téngase en cuenta que conforme se desprende de la Resolución No. 2110 del 22 de junio de 2017 emitida por el ICBF que en efecto la fundación presentó un incumplimiento en el pago de salarios, aportes a seguridad social y prestaciones sociales; situación que fue advertida en dicha oportunidad, así:

pagos que se tendrán en cuenta al momento de la Liquidación tanto del incumplimiento, como de la sanción. Asimismo, se deja constancia que, del acervo probatorio obrante dentro del proceso, se determina que el contratista mantiene el incumplimiento de sus obligaciones, y adeuda a la fecha lo correspondiente a pago de Salarios del mes de octubre de 2016 (Asignación mensual y Auxilio de Transporte), y Prestaciones Sociales de junio a octubre de 2016 (Primas, Cesantías, Intereses de Cesantías y Vacaciones).

(...)

Como consecuencia, se ordenará el cumplimiento de la obligación correspondiente al pago de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$ 368.600.256.00) M/Cte., con cargo a La Fundación Multiactiva Las Moras – FUMLAMOR, realizado a las 306 madres comunitarias relacionadas en el cuadro que antecede. Dicho pago, en cuanto a los salarios, primas y vacaciones, deberán ser consignados en forma proporcional para cada una de ellas, en cuentas individuales, de los cuales se dejará constancia con recibos correspondientes, allegando una certificación que así lo indique. En cuanto a la consignación del pago proporcional por concepto de cesantías, e intereses de cesantías, deberán ser consignadas por parte del Contratista en fondo de afiliación correspondiente, allegando las constancias al supervisor del contrato.

En vista de lo anterior, tal y como lo advirtió el *a-quo* el no pago de salarios y prestaciones sociales tiene directa incidencia en el incumplimiento de las obligaciones de la fundación con el ICBF, motivo por el cual, se concluye que es procedente la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, sin que le asista razón en el reparo efectuado por la parte demandada.

6.4. Costas

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de que la suma que debe ser pagada a cada una de las trabajadoras por concepto de la diferencia obtenida entre la liquidación efectuada de salarios

y prestaciones sociales; y el pago realizado, es igual a \$106.858, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

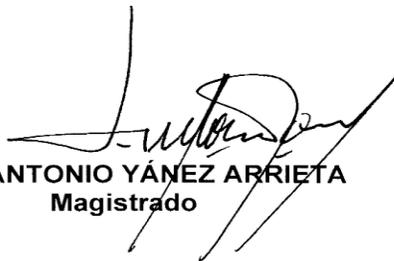
TERCERO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

CUARTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2021-00307-01 FOLIO 303-22

MONTERÍA, CATORCE (14) DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia del 26 de julio de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PAOLA BERINA MAY NIEVES contra MEDIMAS EPS SAS - EN LIQUIDACIÓN.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la demandante que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 01 de agosto de 2017 hasta el 29 de julio de 2021; y en consecuencia, dejar sin efectos la suspensión del contrato de trabajo, el pago de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y la sanción consagrada en el artículo 65 del CST. Adicionalmente, solicitó la aplicación de las facultades de ultra y extra petita y la condena en costas de la parte demandada.

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

Laboró para la demandada desde el 01 de agosto de 2017 bajo la figura de sustitución patronal para desempeñar sus funciones en la ciudad de Montería. Así mismo, indicó que ostentaba la calidad de aforada sindical, razón por la cual MEDIMAS EPS SAS - EN LIQUIDACIÓN inició una acción de levantamiento de fuero sindical y el 21 de julio de 2020 optó por suspender de manera unilateral el contrato de trabajo sin el permiso correspondiente.

Relató que bajo sentencia favorable su fuero sindical se mantuvo, por lo que bajo una indemnización especial la empresa demandada pudo finalizar su contrato de trabajo el 29 de julio de 2021.

Finalmente, consideró que por ser una suspensión de contrato que desconoce la normatividad, la accionada deberá cancelar a su favor todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada allegó escrito de contestación en el que presentó como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

Como fundamento, señaló que la suspensión del contrato de trabajo se configuró conforme con los requisitos de fuerza mayor o caso fortuito del numeral 1° del artículo 51 del CST, pues tal situación fue producto de la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenó la continuidad de la prestación de los servicios de salud en el lugar donde se encontraba laborando la trabajadora. Adicionalmente, indicó que el proceso judicial especial de levantamiento de fuero sindical se demoró más de lo esperado en atención a las ordenes emanadas por el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia causada por el Covid-19 y la consecuente suspensión de términos.

En definitiva, consideró que actuó de conformidad con lo establecido en las normas que rigen la materia, por lo que no le adeuda a la trabajadora ningún valor por concepto de salarios y prestaciones sociales.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia indicó que no hubo discusión sobre la existencia de la relación laboral suscrita por las partes. De otra parte, señaló que la causal alegada por la demandada no se puede considerar como fuerza mayor o caso fortuito para disponer la suspensión del contrato de trabajo, pues la situación que condujo a la accionada a cerrar el establecimiento destinado a prestar los servicios en salud donde la trabajadora laboraba, no fue imprevisible o irresistible, sino producto del mal manejo administrativo de la entidad.

De esta manera, indicó que la suspensión del contrato no se ajusta a derecho y, en consecuencia, condenó a la demandada a realizar el pago de salarios insolutos y prestaciones sociales, la indexación de las condenas y al pago de costas a cargo de MEDIMAS EPS SAS - EN LIQUIDACIÓN. De otra parte, absolvió a la demandada de las demás pretensiones.

IV RECURSO DE APELACIÓN

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

Frente a la condena emitida por el *a-quo* señaló que aun cuando la causa es atribuible a la administración de la demandada, lo cierto es que se presentaron todos los recursos frente a la resolución adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud para dejar sin efecto tal actuación.

De otra parte, sostuvo que en el evento de presentarse algún tipo de acreencia en favor de la trabajadora; esta última deberá hacerse presente en el proceso de acreencias dentro del pasivo laboral de la entidad.

Finalmente, consideró que no podía dar continuidad a las funciones desarrolladas por la demandante, en razón a que un ente externo le imposibilitó tal situación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Dentro de la oportunidad concedida el apoderado judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión en el que manifestó la arbitrariedad de la entidad demandada para suspender unilateralmente el contrato de trabajo suscrito por las partes. Así mismo, relacionó las consideraciones del juez de conocimiento para indicar que la parte recurrente únicamente se limitó a señalar que la EPS si podía suspender el contrato de trabajo por el cierre extraordinario de sus sucursales sin dilucidar el nexo causal entre el cierre y la suspensión del contrato de trabajo.

Finalmente, consideró que la demandada deberá ser condenada en costas procesales de segunda instancia, por lo que solicitó conceder a su favor dicha consecuencia jurídica.

5.2. De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandada allegó escrito de alegatos reiterando las razones expuestas en el recurso interpuesto e insistiendo en que se configuraron de manera clara los requisitos de la suspensión del contrato de trabajo, contemplados en el artículo 51 del CST., en tanto se trata del hecho de un tercero, situación externa a la EPS, producido en este caso, por la Superintendencia Nacional de Salud quien mediante la Resolución No. 20223200000008646 del 08 de marzo de 2022 ordenó la intervención forzosa administrativa de MEDIMAS EPS SAS - EN LIQUIDACIÓN. Por lo tanto, sostuvo que la EPS demandada dejó de existir y en adelante su única función

es la de llevar a cabo su proceso liquidatorio, razón por la cual no requería de las funciones llevadas a cabo por la demandante y en ese estado de cosas, era aplicable la suspensión del contrato de trabajo.

Por lo anterior, consideró que no procede el pago de salarios y/o prestaciones económicas a favor de la parte actora, por cuanto no realizó ninguna labor en beneficio de la EPS y no se puede disponer de los recursos de la salud para una destinación diferente a la ordenada por la ley.

Finalmente, solicitó absolver a la demandada de toda condena emitida en su contra.

5.3. Mediante escrito adicional, la parte demandante presentó escrito en el que reiteró los mismos argumentos presentados en los alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales.

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

6.2. Problema jurídico a resolver.

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) Si erró el *a-quo* al declarar que la suspensión del contrato de trabajo ordenada por la empresa demandada entre el 21 de julio de 2020 y el 29 de julio de 2021 es ilegal.

6.3. De la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito

Con el fin de esclarecer el problema jurídico planteado en esta instancia de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, debe entonces primero señalarse que el artículo 51 del CST enuncia de forma expresa cada una de las razones por las que puede suspenderse un contrato de trabajo. Para el caso en concreto, la mencionada norma expresa:

“ARTÍCULO 51. SUSPENSION. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución. (...)”

En lo que respecta a la suspensión del contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia recordó en la Sentencia SL 3238 de 2020:

“En cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, conviene precisar que existen normas de orden público que contienen un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, contra las cuales no es posible realizar pactos o acuerdos en contrario tendientes a cercenar los derechos mínimos de aquéllos, ya que, en caso de presentarse esa situación, el acto se reputa ineficaz.”

En dicha jurisprudencia hito, igualmente citada por el *a-quo*, referente a aplicabilidad de la figura de fuerza mayor o caso fortuito, se indicó:

“Y sobre el tema relativo a la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha pronunciado esta Corporación en reiteradas oportunidades, verbigracia, en la sentencia CSJ, SL 29 may. 2002, rad. 17570, donde asentó:

(...) “En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).”

En cuanto al último aspecto reseñado, cabe resaltar que en un asunto de similares contornos al aquí analizado, la CSJ en Sentencia SL 4849 de 2018 aclaró:

“De los documentos antedichos, denunciados por la censura como mal apreciados, en adición a aquellos en los que ciertamente fueron citados por el Tribunal encuentra la Sala, que el raciocinio del ad quem ciertamente concluyó que la orden administrativa emanada de una autoridad distrital era un motivo constitutivo de fuerza mayor, por lo que el empleador sí estaba con ello habilitado para la suspensión de los contratos de trabajo vigentes, entre ellos, el de la demandante.

Sin embargo, lo que verdaderamente subyace de las pruebas antedichas se enfila a una conclusión diferente de la adoptada por el Tribunal, en la medida en que aquellas, a pesar de que demuestran la existencia cierta de la voluntad del Estado en el cierre de las instalaciones del empleador, ello no supone per se que hubiera adquirido la connotación de irresistibilidad e imprevisibilidad que caracteriza un hecho de fuerza mayor o caso fortuito y que es lo que permite la suspensión de un contrato de trabajo según las voces del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...) Bajo este entendido, cae en evidencia que el hecho que se repunte como fuerza mayor o caso fortuito no sólo debe estar plenamente acreditado, sino que debe compartir las características intrínsecas y concurrentes de la imprevisibilidad e irresistibilidad, que podrán ser analizadas en diversa intensidad según el evento material del que se trate, si es un caso fortuito o una fuerza mayor. Así las cosas, la razón por la cual la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá el 1° de diciembre de 2006 procedió a sellar las instalaciones del empleador, muy a pesar de constituir un «acto de autoridad» de un funcionario público, según lo visto, no funda en sí mismo un acto «imprevisto» al que «no es posible resistir». Por el contrario, en tanto lo que hizo la autoridad de inspección, control y vigilancia fue garantizar el cumplimiento de una normativa técnica específica para el funcionamiento de un centro de servicios de salud, resulta absolutamente previsible que el incumplimiento de aquellas directrices legales u órdenes técnicas, conducirían indefectiblemente a no obtener, o a perder, el aval de la autoridad pública para su ejercicio.”

En virtud de lo expuesto, para el asunto en concreto se observa que la parte demandada emitió comunicado dirigido a la trabajadora con fecha del 01 de julio de 2020, en el cual se notificó la suspensión del contrato de trabajo bajo en los siguientes términos:

“Como ha sido de conocimiento público, mediante la Resolución 002379 del 15 de mayo de 2020 “Por la cual se decide una actuación de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento” la Superintendencia Nacional de Salud ordenó revocar la autorización de funcionamiento de Medimás EPS S.A.S. en los departamentos de Atlántico, Arauca, Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Guainía, La Guajira y Magdalena, generando el traslado obligatorio de todos sus usuarios a diferentes EPS activas y terminando permanentemente la prestación de servicios de salud a cargo de Medimás en los departamentos mencionados. (...)

(...) En razón a lo anterior, y a las diferentes recomendaciones y requerimientos de los entes de control respecto a la prevención de destinación inadecuada de los recursos mencionados, le informamos que la empresa se encuentra en una situación de fuerza mayor que nos imposibilita para continuar con la ejecución del contrato de trabajo suscrito con usted, en virtud de lo cual le informamos que su contrato se encuentra suspendido a partir del martes 01 de julio de la presente anualidad.

Teniendo en cuenta su condición de salud, en los próximos días le comunicaremos el inicio de los trámites de solicitud de autorización de terminación de su contrato al Ministerio de Trabajo, de conformidad con lo establecido por el Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo, una vez esta entidad otorgue la respectiva autorización, se le notificará la terminación de su contrato y la liquidación de acreencias laborales.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, al tratarse de recursos públicos, éstos deben ser administrados de conformidad con los principios de eficiencia y economía, de acuerdo con los cuales, se deberán emplear en la medida en que el servicio de salud estrictamente lo requiera en las circunstancias particulares. Al tratarse de una situación externa, producida por un tercero (la Superintendencia Nacional de Salud), irresistible en el entendido que como sujetos administrados debemos cumplir incondicionadamente lo ordenado por la referida Superintendencia, que no se continuará prestando el servicio de salud en la regional donde se encuentra laborando, se genera así una imposibilidad jurídica de mantener activos los contratos de trabajo sin prestación alguna de servicios.

En consecuencia, el criterio de inimputabilidad se ve claramente sustentando en que la revocatoria de la autorización para operar como EPS en 8 departamentos, es una disposición emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, disposición la cual es de obligatorio cumplimiento y frente a la cual se presenta una imposibilidad para ejecutar las actividades laborales de su cargo. Finalmente, la imprevisibilidad se sustenta en que no era posible conocer la decisión de la Superintendencia sino hasta que la misma fuese publicada y notificada.”

Así las cosas, se observa que la demandada sustentó la situación de fuerza mayor que el imposibilitó dar continuidad a la ejecución del contrato suscrito con la trabajadora en virtud de la decisión administrativa emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, argumentando para el efecto que tal situación constituye un suceso imprevisible, dado que no era posible conocer la decisión de la entidad hasta que la misma fuera publicada y notificada.

De lo dicho hasta aquí, esta Sala advierte que la línea argumentativa sostenida por la parte recurrente no encuentra asidero jurídico, pues tal y como lo señala

la jurisprudencia reseñada, las decisiones propias de las autoridades de vigilancia y control frente al cierre de las instalaciones del empleador no suponen una connotación de irresistibilidad e imprevisibilidad originarias de una situación de fuerza mayor o caso fortuito. De ahí que, le asiste razón al juez de conocimiento al afirmar que, contrario a lo afirmado por el recurrente, la situación económica de la EPS demandada era un escenario previsible por tratarse de una mala administración propia de las acciones del empleador.

Bajo ese tenor, vale la pena recabar en lo expuesto por la CSJ en la sentencia SL 4849 de 2018 anteriormente citada en esta providencia:

*“En efecto, en primer lugar debe aclararse que no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o fuerza mayor que comporte su suspensión en los términos del artículo 51-1 del C.S.T, pues habrá que examinar las circunstancias de cada caso y podría darse, por ejemplo, que la decisión de autoridad sea consecuencia directa de una **conducta culposa del empleador**, evento en el cual mal podría entenderse suspendido el nexo, sino más bien ubicado en la situación del artículo 140 ibidem. De otra parte, no podría descartarse que la crisis económica de la empresa pueda generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, pero ello dependerá de que, conforme a las circunstancias del caso, se den los supuestos indispensables, y no pocas veces resultaría preferible que para éstas hipótesis en caso de duda el empresario que lo requiera acuda a la autoridad administrativa para obtener el **permiso de clausura temporal o definitiva**, desde luego, si se dan los requisitos de procedencia de estas figuras alternativas. (C.S.T, arts 51-3 y 466). (sentencia mayo 29 de 2002, radicación No. 17570). Sentencia CSJ SL 22 de ago. de 2002, No. 18174. Negrillas extratexto (negrillas originales).”*

En este aspecto, si bien se evidencia de las pruebas aportadas por la parte recurrente que emitió una comunicación dirigida al Ministerio del Trabajo informando de la suspensión del contrato de trabajo de la demandante; lo cierto, es que nunca solicitó autorización para ello.

En razón a lo expuesto, esta Colegiatura no encuentra divergencia con las consideraciones exteriorizadas por el *a-quo*, motivo por el cual se concluye que

los reparos efectuados por la parte recurrente no tienen la vocación de prosperar en esta instancia.

6.4. Costas

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

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en UN (01) SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **PAOLA BERINA MAY NIEVES** contra **MEDIMAS EPS SAS - EN LIQUIDACIÓN**, por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N° 23-466-31-89-001-2019-00145-01 Folio 322-22

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto, por conducto de apoderado judicial, por el demandante SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 09 de agosto de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito Judicial de Montelíbano - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO contra COMPLEMENTOS HUMANOS SA y CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora se declare que entre ella y la empresa COMPLEMENTOS HUMANOS SA se suscribió un contrato de trabajo por labor u obra para prestar sus servicios a la empresa CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, contrato que dice finalizó sin justa causa comprobada el pasado 03 de marzo de 2017.

En consecuencia, solicitó que se condenara a las accionadas a reintegrar laboralmente al señor SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO en las mismas

o mejores condiciones en que se encontraba al momento del despido, que se condene a las accionadas a cancelar al accionante los salarios dejados de percibir a partir del despido sin justa causa hasta la fecha del reintegro; así mismo, que se reconozcan y paguen a favor del señor Simón Manuel Moreno Arroyo, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes en pensión, indexación y solicitó condena bajo las facultades de ultra y extra petita.

Como pretensión subsidiaria solicitó el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST y de la SS. y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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

- Que SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO suscribió contrato de trabajo con la empresa COMPLEMENTOS HUMANOS para prestar sus servicios en la empresa CHINA UNITED ENGINEERING, vinculándose laboralmente el 20 de noviembre de 2014.

- El trabajador cumplía un horario fijo de 7:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 4.00 p.m. o 6:00 p.m. realizando en esta línea de tiempo labores como oficial de obra.

- Indicó que el salario percibido durante toda la relación laboral era de \$1.281.000 los cuales eran cancelados de forma mensual.

- Que el 14 de julio de 2015 mientras se encontraba laborando pisó una membrana plástica, lo que produjo que se resbalara sufriendo así trauma en rodillas y región lumbar, obteniendo un presunto diagnóstico de asimetría en los espacios intervertebrales de L5-S1 y signos crónicos degenerativos en espacio L4-L5, osteofitos, disminución de dichos espacios L4-L5.

- Estando en situación de debilidad manifiesta con ocasión del accidente de fecha de 14 de julio de 2015, COMPLEMENTOS HUMANOS decidió de manera unilateral dar por terminada la relación laboral el día 3 de marzo de 2017, en vigencia el contrato por obra o labor.

- Finalmente, señaló que el empleador no canceló a su favor la indemnización por despido sin justa causa ni la indemnización por despido en estado de discapacidad.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida y notificada la demanda, CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION LIMITED, por medio de apoderado judicial dio respuesta a la demanda, indicando no constarle algunos hechos y negando los demás; de igual forma se opuso a cada una de las pretensiones y propuso excepciones de inexistencia de solidaridad entre CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION LIMITED con la empresa COMPLEMENTOS HUMANOS S.A., inexistencia de relación de causalidad, inexistencia de la obligación de la empresa CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION LIMITED con el señor SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO, falta de legitimación por activa y pasiva, prescripción y la genérica.

2.3.2. De otra parte, COMPLEMENTOS HUMANOS S.A guardó silencio dentro del presente trámite

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

III. LA SENTENCIA APELADA

Precisó el *a-quo* que no hay duda de la modalidad contractual señalada por la parte actora en la demanda, como tampoco en la comunicación presentada por

COMPLEMENTOS HUMANOS SA el 03 de marzo de 2017 al momento de dar por terminada la relación laboral, comunicación en la que manifiesta que la terminación del contrato se da por la finalización de la obra para lo que fue contratado.

Señaló de igual forma que si bien COMPLEMENTOS HUMANOS no contestó la demanda, correspondía al accionante probar que la obra o labor para la cual fue contratado no había finalizada, pero que esta prueba no fue aportada.

De otra parte, indicó que las pruebas allegadas con la demanda no son suficientes para demostrar en debida forma la debilidad manifiesta evocada por el demandante en los términos expuestos en los hechos y pretensiones de esta; así mismo, que no se logra establecer de manera clara e inequívoca que las incapacidades anteriores a la terminación del contrato fueron la causa de la terminación injustificada del mismo.

Manifestó en ese mismo orden que para la terminación del contrato la parte actora no se encontraba en estado de incapacidad, y que si bien la última incapacidad aportada por el accionante tiene fecha del 21 de junio del 2016 al 05 de julio de 2016, la terminación del contrato se dio por la culminación de la obra para la que fue contratada; señaló que el actor aportó incapacidades e historias clínicas posteriores a la terminación del contrato, lo cual no es de relevancia para el objeto del litigio.

Expuso el *a-quo* que mediante oficio 030 de 2022 el despacho solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez se calificara la pérdida de la capacidad laboral y el origen de la enfermedad padecida para verificar si el accionante se encontraba en debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato por obra o labor.

Añade, que luego de darse la revisión del expediente, y de acuerdo al soporte de la historia clínica, la Junta Regional de Calificación de Invalidez consideró la pérdida de la capacidad laboral total en un 23.08% con origen en enfermedad

común, debido a que no encontraron soportes que determinaran la patología calificada como de origen laboral, por tratarse de una patología de naturaleza degenerativa y agrega que la junta precisó que el periodo en que el señor SIMÓN MANUEL MORENO ARROYO laboró (20 de noviembre de 2014 al 03 de marzo de 2017) no es suficiente para padecer la degeneración que presenta por lo que se considera de origen de enfermedad común. En ese mismo sentido declaró que conforme a las pruebas aportadas no se demostró que el despido del actor tuviera relación directa con algún estado de incapacidad o debilidad manifiesta y que el mismo obedeció a una justa causa como lo es la terminación de la obra o labor contratada.

En lo que respecta a CHINA UNITED ENGINEERING y el señalamiento que hace la parte actora a la responsabilidad solidaria de esta, el despacho manifestó que dado el sentido del fallo no hacía falta pronunciarse si debía o no CHINA UNITED ENGINEERING responder solidariamente.

Finalmente, el juez de instancia precisó no compartir los argumentos en los alegatos de la parte actora por no corresponder a las evidencias dentro del proceso, por el contrario, esbozó compartir las apreciaciones en los alegatos de las demandadas. Por tal razón, decidió el despacho absolver a COMPLEMENTOS HUMANOS SA y CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION de las pretensiones invocadas en la demanda, sin condenas en costas en esa instancia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

“El despacho no da por ciertos los hechos susceptibles de confesión establecidos en la demanda, aun cuando la demandada COMPLEMENTOS HUMANOS S.A. no contestó la demanda, y eso se encuentra probado dentro del proceso.

Segundo, impone el despacho una carga probatoria al demandante cuando dice que no se aportó prueba de que la obra o labor no fuera terminada, vale la pena decir que este hecho debió ser probado por COMPLEMENTOS HUMANOS S.A. más no imponer esa carga probatoria en cabeza del demandante que es la parte menos favorecida en un juicio de estas características.

Tercero, el despacho menciona que no son suficientes los motivos/pruebas para decretar una estabilidad laboral reforzada. En este punto debo traer a colación lo que se dijo en sentencia T-461 de 2015 donde se establecieron unos parámetros para decretar o decantar este tipo de estabilidad reforzada, se mencionan cinco puntos:

- 1. Que esta estabilidad cobija al trabajador en estado de incapacidad, discapacidad o indefensión, vulnerabilidad o debilidad manifiesta por su salud.*
- 2. Que ese estado le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de las labores en condiciones regulares.*
- 3. Esa presunción de discriminación hace que se invierta la carga de la prueba, es decir, en este caso debió COMPLEMENTOS HUMANOS S.A. demostrar de que no hizo el despido conforme al estado de salud del señor SIMÓN MORENO.*
- 4. Que comprende la obligación de reubicación del trabajador.*
- 5. Dice la corte que es aplicativo a todo tipo de contrato de trabajo.*

En ese sentido, en el año 2017 para reiterar esa jurisprudencia de la corte y todos los pronunciamientos que se habían dado al respecto emite la sentencia SU 049 de 2017 y recuerda que esta estabilidad se aplica independientemente a todas las formas de vinculación y a su vez que ese estado de debilidad manifiesta no se predica de esas personas que solamente han sido calificadas, sino que de aquellas de las cuales se evidencia que su capacidad ha sido disminuida.

En ese sentido, es importante traer también a colación los supuesto de la corte suprema de justicia donde ha ido ampliando su jurisprudencia y dijo en sentencia SL 572 de 2021 que una calificación técnica o descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores no es prueba que deba considerarse netamente documental, pues en virtud del principio de libertad probatorio y formación del convencimiento el juez puede decretar que existió una vulneración a ese estado de salud cuando se preceda de elementos que constaten esa situación tal como es en el caso del señor SIMÓN MORENO de los cuales se allegaron numerables incapacidades e historias clínicas que se surtieron entre el 14 de julio de 2015 -cuando sucede el accidente- y el 3 de marzo de 2017 cuando efectivamente COMPLEMENTOS HUMANOS S.A. termina la relación laboral.

De otro lado también es importante evidenciar que al momento del despido el señor SIMÓN MORENO se encontraba pendiente de una valoración médica, y que incluso en la comunicación del examen de egreso se mira de que las patologías sufridas por mi representado eran en la zona lumbar donde se afectaron varios discos de la columna vertebral.

Por último, es mencionar también que en sentencia SL 711 de 2021 la corte no obstante, y al pasar al segundo problema jurídico, indicó que para la fecha en que el empleador entregó el aludido preaviso de terminación del contrato, el trabajador se encontraba incapacitado debido a la disminución de su estado de salud por cuenta del accidente de trabajo ocurrido el 09 de febrero de 2011, con fundamento en ello explicó que debía darse aplicación al principio constitucional de estabilidad laboral reforzada al trabajador con discapacidad, lo cual no solo opera para personas calificadas como invalidas de conformidad con las normas legales, sino igualmente para aquellas que tienen una mengua en su estado de salud que los ubica en una situación de debilidad manifiesta y que a su vez les impide ejecutar el trabajo de manera normal. Tratándose del dictamen que emiten las justas de calificación de invalidez, ha indicado que ese documento no está instituido como prueba

solemne de la condición de incapacidad del trabajador o la pérdida de su capacidad laboral, de manera que en estos casos el juez del trabajo tiene libertad probatoria.

En ese sentido, señor juez, vemos que abunda material probatorio en el expediente, de lo cual se evidencia que al momento del despido el señor si se encontraba en un estado de incapacidad y que por lo tanto la empresa COMPLEMENTOS HUMANOS S.A. debió solicitar autorización del ministerio del trabajo para despedirlo. De esa manera dejo sentado el recurso de apelación”

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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, el problema jurídico a resolver se ciñe a determinar si erró el juez de primera instancia al hacer la valoración probatoria, y en consecuencia de lo anterior: *i*) Si al no tenerse por contestada la demanda por parte de COMPLEMENTOS HUMANOS SA es procedente aplicar como consecuencia jurídica la aceptación de los hechos susceptible de confesión relacionados en el escrito de la demanda; *ii*) Si del

material probatorio aportado al expediente se permite concluir la existencia de una estabilidad laboral reforzada al momento del despido, y finalmente *iii*) si recae sobre la parte demandante la carga de la prueba para demostrar la finalización de la obra o labor contratada.

6.3. De la consecuencia jurídica aplicada por la falta de contestación de la demanda

Para resolver el problema jurídico planteado es preciso señalar en primera medida las diferencias existentes entre la consecuencia que produce la no contestación de la demanda y la consecuencia jurídica en relación a la no concurrencia de la audiencia de conciliación. En ese entendido, se tiene que la normal procesal laboral determina la no contestación de la demanda como un **indicio grave**, expuesto así en el párrafo 2 del artículo 31 del código procesal del trabajo y la seguridad social:

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

Referente a la materia, la SL de la CSJ en Sentencia SL 4115 de 2019 señaló:

*“La Sala estima que la ausencia de respuesta de la demanda no es óbice para obtener el éxito de las pretensiones del accionante, pues de acuerdo con el estatuto adjetivo laboral, **la falta de contestación se tiene como indicio grave en contra del accionado, y de acuerdo con lo previsto en el art. 7 de la Ley 16 de 1969, el indicio no es prueba calificada; en todo caso cumple advertir que los presupuestos fácticos que soportan las súplicas deben estar debidamente demostrados, conforme a las reglas de la carga de la prueba, es decir, resultaba indispensable aportar las pruebas de los hechos que dan respaldo a las peticiones, para que el juez determine si se ubican dentro del tipo legal que corresponda y considere si hay lugar a concederlas o no, comportamiento que de acuerdo con los antecedentes del caso, fue el que asumió el colegiado, cuando a través de medios de convicción resolvió que lo pagado por la demandada por medicina prepagada no constituyó factor salarial por haberse acordado su exclusión.***

Desde esta óptica, resultaba insuficiente contar con el indicio grave que se dispuso en contra de la pasiva, dada la falta de respuesta a la demanda, según las directrices del artículo 31 del CPTSS, en tanto, para obtener una decisión favorable a los intereses de la censura, se repite con riesgo de fatigar, era necesaria la demostración de los supuestos sobre los cuales descansó el pedimento.”

Por otro lado, en lo que respecta a la no comparecencia de una de las partes (demandante o demandado) en la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el artículo 77 (numeral 2) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece:

“(...) Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

- 1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.*
- 2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. (...)”*

En virtud de lo anterior, se precisa que las consecuencias jurídicas relacionadas con la confesión ficta y el indicio grave en contra del demandado ocurren por causas y situaciones diferentes.

Realizadas las anteriores precisiones evidencia esta Sala que la demandada COMPLEMENTOS HUMANOS SA no presentó escrito de contestación de la demanda ni asistió a la diligencia de la que trata el artículo 77 del CPT; y aun, cuando debió el *a-quo* aplicar las consecuencias jurídicas al respecto, esto es, tener dicha situación como un indicio grave en contra del accionado y presumir

ciertos los hechos del escrito de la demanda; lo innegable, es que ninguna de las partes alegó o puso de presente lo acontecido en el trámite de la diligencia, ni en la etapa del saneamiento del litigio.

En este aspecto, vale la pena aclarar que tal como lo señala la cita jurisprudencial anteriormente señalada, para dar aplicación al indicio grave en contra del demandado deben encontrarse probados los fundamentos fácticos que soportan las pretensiones de la demanda, razón por la cual bien se puede entender que el juez de conocimiento dio peso a las pruebas encontrando que las mismas no soportaron las premisas fácticas en legitimidad del principio de la libre formación del convencimiento contenido en el artículo 61 del C.S.T. y de la S.S.

Finalmente, es menester anotar que no le asiste razón al recurrente en cuanto a que la presunción de tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión no es una consecuencia jurídica resultante de la no contestación de la demanda, razón por la cual esta Judicatura considera que el reparo elevado no ha de prosperar.

6.4. De la estabilidad laboral reforzada.

Así entonces, resuelto lo anterior es preciso verificar si el demandante estaba cobijado por el fuero de la estabilidad laboral reforzada en persona con discapacidad, por lo que, de ser así se deberá ordenar el reintegro del trabajador y en consecuencia dar aplicación a la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 del 1997, modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012, la cual dice que:

“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su

limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Siguiendo con esta línea descriptiva, la Ley 1618 de 2013, por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en el numeral 1º artículo 2, define quiénes son las personas y/o en situación de discapacidad:

“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el mismo sentido el artículo tercero del Decreto 1507 de 2014, mediante el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, define la deficiencia y la discapacidad, así:

“Deficiencia: Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Discapacidad: Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad”.

Al efecto se trae a colación la sentencia SL 2797 de 2020, que expresa:

“Lo anterior es así por cuanto la prueba solemne o ad solemnitatem, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio, entre los cuales no encaja el dictamen pericial que es una de las pruebas que dispone la Ley, es ad probationem y obviamente no es de esencia contractual, sino que tiende a acreditar o demostrar un presupuesto o supuesto fáctico (para el caso el porcentaje de

pérdida de capacidad laboral) que sirva como sustento o soporte para obtener un derecho perseguido, como por ejemplo el reconocimiento de un auxilio, incapacidad, prestación económica, indemnización, pensión, etc”.

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

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

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

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

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

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

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

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

Con fundamento en las citadas definiciones, se debe concluir que la discapacidad en un trabajador obedece a una deficiencia que padece y que lo limita para desarrollar una actividad, en ese orden de ideas, es donde se le da mayor relevancia a una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el caso que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al empleado en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, el cual debe ser notorio y perceptible, que demuestren su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que lo limite en la realización de su trabajo.

Con el fin de decantar este tópico, sea lo primero advertir que verificadas las pruebas que se encuentran en el expediente, es posible observar referente al estado de salud del actor, lo siguiente:

Si bien se anexaron una serie de incapacidades al expediente (*folios 28, 43 y 48 del archivo de anexos de la demanda*), lo cierto es que las mismas no fueron generadas de forma continua. Así mismo, de dichas documentales se evidencia que las incapacidades fueron generadas en periodos anteriores y distantes (2015 y 2016) a la fecha en que se efectuó la terminación de la relación laboral (03 de marzo de 2017), razón por la cual estas no resultan suficientes para determinar que la desvinculación laboral fue producto de una discriminación en relación al estado de salud del actor.

De igual forma, se puede advertir que las recomendaciones médicas aportadas en el expediente (folios 60 y 68) se establecieron de manera transitoria

expedidas los días 18 y 24 de agosto de 2015 con una vigencia de 30 días, sin que se verificara una prolongación para la fecha del despido, situación esta que permite concluir la falta de nexo causal entre el despido y el estado de salud del actor.

INCAPACIDADES LABORALES	
Inicio	Terminación
14-07-2015	28-07-2015
28-07-2015	19-08-2015
24-08-2015	02-09-2015
21-06-2016	05-07-2016
Para la fecha de terminación de la relación laboral (03-03-2017) no se relacionó recomendación o incapacidad médica alguna.	

Siendo así lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha dicho de la estabilidad laboral reforzada en sentencia SL1268 de 2023:

*“(...) si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una “calificación técnica descriptiva”, en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse “del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como **cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación**”.*

Precisa más adelante:

*“Esta Sala reitera la obligación que le asiste al trabajador, en esta clase de procesos, de identificar los factores externos e internos que obstaculizan y restringen la prestación del servicio en las mismas condiciones laborales que los demás trabajadores, con el fin de determinar si se encuentra en situación de discapacidad para proceder a identificar los ajustes razonables que el empleador debió implementar para remover las barreras que le obstaculizan el goce pleno de los derechos laborales, si llegasen a existir. **Por eso, la asistencia a múltiples citas con profesionales de la salud; las recomendaciones preventivas o de gestión de***

riesgos laborales normales, cotidianas o comunes; así como la mención de que una contingencia es de origen laboral no pueden ser asumidas, como acaeció en la primera instancia, como signos irrefutables de discapacidad --sin serlo--, o como signos determinantes de discriminación del trabajador --sin serlo--, o como propulsores de protecciones excepcionalísimas a un sinnúmero de situaciones más generales, con las consecuentes cargas jurídicas y económicas. Así, el artículo 2 de la Convención denotó que dentro del contenido de la discriminación está la denegación de los ajustes razonables, no obstante, el concepto de razonabilidad de dichos ajustes conlleva a la necesidad de analizar su aplicación inmediata o progresiva en cada caso concreto, en el lugar de trabajo. Por tanto, es preciso recordar que sólo pueden evaluarse los ajustes razonables después de haberse establecido que la persona presenta deficiencias, enfrenta barreras actitudinales y/o del entorno, y que ello le genera efectivamente un tratamiento desigual.”

Sobre el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, cabe aclarar que, si bien la patología fue valorada como una enfermedad de origen común, tal supuesto no conlleva *per se* a desconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada, como lo afirmó el *a-quo*, pues la Corte en su jurisprudencia ha sido reiterativa en que la estabilidad laboral reforzada se aplica independientemente del origen de la enfermedad y la modalidad contractual.

Aun así, conforme fue señalado por la Corte en las citas precedentes (sentencia SL1268 de 2023) y con lo expuesto hasta aquí, es preciso indicar que no se evidencia en el material probatorio allegado, que la enfermedad de origen común que padece el actor le impidiera sustancialmente ejecutar y realizar al momento del despido las labores para las cuales fue contratado; en ese sentido, encuentra esta Sala que no configuran los presupuestos necesarios para declarar que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación de la relación laboral.

6.5. De la carga de la prueba relativa a la finalización de la obra o labor

Finalmente, para abordar el último aspecto en controversia, se tiene que el recurrente se duele al manifestar que el *a-quo* impuso al demandante una carga

probatoria que no le competía, pues afirma que no se aportó prueba de que la obra o labor no fuera terminada.

Frente a este aspecto, cabe traer a colación lo manifestado por la CSJ en sentencia SL-440 de 2023:

“Sobre este asunto es preciso indicar que la prueba del despido corresponde al trabajador y la justeza la debe acreditar el empleador, de modo que, si tal circunstancia no ocurre, se entenderá que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, y este último deberá asumir la indemnización contemplada en la ley, la convención colectiva o en cualquier otro documento que regule la relación entre las partes.”

Conforme con lo expuesto, en el asunto de marras se observa que erró el *a-quo* en su determinación siendo que la parte demandante aportó la carta de terminación de la relación laboral que finalizó el día 03 de marzo de 2017, por lo que acreditó la ocurrencia del despido, correspondiendo entonces a la parte demandada probar la justeza del mismo, en este caso, la finalización de la obra o labor. Situación última que no aconteció, pues la demandada COMPLEMENTOS HUMANOS SA no presentó escrito de contestación dentro del trámite de instancia, razón por la cual no fueron decretadas pruebas a su favor que acreditaran que en efecto operó la finalización de la obra o labor.

Así las cosas, esta Judicatura encuentra que si bien de la carta que finiquitó la relación laboral se puede extraer que la misma finalizó por la terminación de la obra o la labor pactada, lo cierto es que dentro del plenario no se puede dilucidar con claridad la especificidad de la obra o la labor determinada comoquiera que no obra dentro del expediente el contrato de trabajo suscrito por las partes; sin embargo, con las pruebas aportadas por el actor contentivas en el certificado laboral y el comprobante de nómina febrero de 2017 no puede desconocerse la existencia del vínculo laboral.

En ese sentido, la Sentencia SL4936 de 2021 indicó:

“Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018); es decir, en oposición a lo discutido por la censura, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente...”

En virtud de lo anterior, se insiste en que de las pruebas allegadas al plenario no es posible determinar la obra o labor pactada entre las partes, por lo que se entenderá que la duración del contrato es indefinida. Por lo tanto, es claro que ante la carencia de prueba en cabeza del empleador para soportar la justeza del despido, lo procedente es ordenar el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST. En esta materia la sentencia SL-486 2023 la CSJ recordó:

“Con todo, recuérdese que esta Sala tiene adoctrinado que en lo que se refiere a la indemnización por despido sin justa causa, al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, de manera que, desde esta óptica, nada puede reprocharse al ad quem”

Para lo anterior, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes a la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, se tuvieron en cuenta los extremos laborales de la relación comprendidos entre el 20 de noviembre de 2014 y el 03 de marzo de 2017 (según se desprende del certificado laboral emitido por el empleador visible a folio 06 del archivo de pruebas); y, la remuneración percibida por el actor para la anualidad de 2017 en la suma de \$ 1.208.623 (según el desprendible de nómina relacionado a folio 09 del archivo de pruebas), arrojando una suma de \$ 2.247.144. por concepto de la referida indemnización.

En definitiva, evidencia esta Judicatura que el reparo efectuado por la parte recurrente tiene la vocación de prosperar en esta instancia, razón por la que se revocará frente a este punto.

6.6. Costas

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar condenar a la demandada COMPLEMENTOS HUMANOS SA a reconocer y pagar a favor del demandante la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST en la suma de \$ 2.247.144, conforme con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-466-31-89-001-2017-00187-02 FOLIO 325-23

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Decide el Tribunal lo que en derecho corresponda sobre el recurso de apelación contra la sentencia proferida en audiencia del 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Montelíbano – Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por AMPARO LÓPEZ CORREA contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

AMPARO LÓPEZ CORREA demandó a SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, para que se declare que entre las partes existió una relación de naturaleza laboral comprendida entre el 01 de junio de 2007 y el 30 de diciembre de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a la parte demandada al pago de las sumas por concepto de salarios, el valor de los reajustes salariales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, dotaciones, con la correspondiente indexación. Así mismo, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, los aportes correspondientes al sistema general de

pensiones; aplicación de las facultades de ultra y extra petita, y el pago de costas y gastos procesales.

1.2. Hechos

Relató la parte actora que laboró para la demandada SERVICIOS NACIONALES POSTALES SA en el periodo comprendido entre el tres (3) de junio de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2016, cuya vinculación se realizó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

A su vez, expresó que a efectos de regular la relación laboral, se suscribieron diversos contratos de prestación de servicios durante el término en que existió esta. Aseverando que, el último contrato celebrado entre las partes se dio el 01 de febrero de 2012 y que, una vez finalizado este, la vinculación laboral continuó de forma verbal.

Manifestó que desempeñó labores como agente postal indirecto en el Municipio de Uré - Córdoba, cumpliendo una jornada laboral comprendida entre las 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., todos los días según la programación y orden del empleador.

Refirió que por concepto de remuneración percibía la suma de \$240.000, monto discordante con lo estipulado en los contratos de prestación de servicios suscritos, dentro de los cuales, se concertó el valor de \$2.347.990.

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

2. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

2.1. Admitida la demanda mediante auto de 10 de agosto de 2017 y surtida la notificación, SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda al considerar que la relación contractual con la parte demandante obedecía a un contrato de carácter civil y comercial, conforme a los contratos de prestación de servicios celebrados entre el 03 de junio de 2008 y 01 de febrero de 2012, fijando este último, como término de finalización el 31 de enero de 2013; además, aseveró que fueron debidamente ejecutados y pagados conforme sus estipulaciones. Fundamenta entonces su defensa, en que, atendiendo a la naturaleza de los contratos suscritos, no le asiste el derecho a la parte demandante a pretender el pago por los conceptos contenidos en la demanda.

En lo que respecta a los hechos, la entidad demandada aceptó algunos y los demás los consideró como no ciertos. Finalmente, propuso como excepciones previas, falta de competencia por el factor territorial, falta de agotamiento de reclamación administrativa, indebida acumulación de pretensiones, prescripción; y en lo concerniente a las excepciones de mérito, propuso; la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, prescripción, mala fe del demandante, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, buena fe contractual y, la genérica.

2.2 De forma posterior, el apoderado judicial de la parte demandada mediante escrito del 26 de abril de 2018, presentó incidente de nulidad procesal contenida en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, en razón de la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, argumentando que, al tener SERVICIOS NACIONALES POSTALES SA un carácter público, debió darse aplicabilidad al párrafo del artículo 41 del C. P. T y S.S, agregó, que se omitió dar orden de notificar a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO.

2.3 Frente a lo anterior, en audiencia del 09 de mayo de 2022, el *a-quo* consideró que como quiera que las notificaciones fueron efectuadas en debida forma,

teniendo constancia de ello dentro del expediente y siendo aceptado por la parte demandante, el proceso se tuvo por saneado de vicios de nulidad.

2.4 En lo que respecta a las excepciones previas propuestas por la parte demandada, el *a-quo* mediante auto proferido en audiencia pública del 23 de febrero de 2021, declaró probada y parcialmente probada, respectivamente, la excepción de indebida acumulación de pretensiones y falta de reclamación administrativa.

2.5 Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante ante la decisión anterior, esta Sala, mediante auto del 27 de agosto de 2021, revocó parcialmente el auto proferido por el *a-quo* y en su lugar, declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones; confirmándolo en todo lo demás.

3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante proveído del 16 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Montelíbano, absolvió de todas y cada una de las pretensiones a la parte demandada SERVICIOS NACIONALES POSTALES SA. En consecuencia, condenó en costas a la parte demandante.

Fundamentó el *a-quo* su decisión, estableciendo en primer lugar, que los problemas jurídicos a resolver se centraban en (i) Establecer si, bajo el principio de la realidad sobre las formas, lo que realmente existió entre la actora y el ente público demandado SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA., fue un contrato de trabajo a partir del 03 de junio de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2016 o si por el contrario se trataba de órdenes de prestación de servicios. (ii) En caso de encontrarse acreditada la existencia de un contrato de trabajo se determinaría si a la parte actora le asistía el derecho a percibir el pago de los conceptos formulados en la demanda: prestaciones sociales reclamadas, estas son, auxilio de cesantías por todo el tiempo laborado, intereses de las cesantías,

vacaciones por todo el tiempo laborado, indexación de las anteriores sumas, sanción moratoria del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dotación e indemnización por despido injusto, así como al pago de los aportes al sistema de seguridad social; o si, por el contrario, prosperan los medios exceptivos propuestos por el ente público accionado.

Frente a dicha situación, señaló que en el artículo 22 del CST se encuentra definido el contrato de trabajo como aquel “*por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”; aunado a lo anterior, en el artículo 23 de la misma normativa se precisan sus elementos esenciales y, una vez acreditados se predica su existencia, independiente del nombre o la denominación que se le hubiere dado por las partes.

Como primer elemento, mencionó la prestación personal del servicio, la cual implica que la actividad o labor realizada sea de carácter personalísima, al ajustarse el trabajador, a las cualidades y condiciones, y ser el candidato idóneo para cumplir con el objeto del contrato; condición relevante por cuanto no puede ser suplido por un tercero. Ahora bien, atendiendo al mencionado elemento, el artículo 24 del CST consigna la presunción legal en lo atinente a que, toda prestación personal se encuentra cobijada por una relación laboral; lo cual, conlleva a que, frente a la carga de la prueba, el trabajador deba acreditar de manera efectiva y con prueba conducente la prestación personal y, la parte demandada deberá desvirtuar el hecho presumido.

Con relación a un segundo elemento, la subordinación, puntualizó que es la facultad que tiene el empleador para contratar, establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se ejecutará la actividad, así mismo, precisar las reglamentaciones dentro del vínculo laboral; dependiendo, por último, el trabajador del empleador para realizar sus obligaciones. Por último, destacó que, la prestación del servicio implica su remuneración, aunado a toda la carga prestacional establecida por la ley.

Resuelve entonces que, entre AMPARO LÓPEZ CORREA y SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA se celebró y ejecutó un contrato de prestación de servicios y no de carácter laboral, puesto que sus características fueron acreditadas por la parte demandada y, conforme al material probatorio contenido en el expediente, en específico, los testimonios rendidos por HILDEBRANDO DE LA OSSA VILLORINA y JAIDIT ESTELA OYOLA VERTEL, a quienes el despacho les brindó el valor suficiente para tener por probada la prestación personal del servicio por la parte actora, por cuanto concuerdan con los demás medios probatorios recaudados. No obstante, consideró que no fue llevada a cabo de manera permanente y recurrente, toda vez que, los testigos antes en mención concuerdan en que AMPARO LÓPEZ CORREA entregaba la correspondencia cada dos meses, no siendo entonces esta una labor continua que forjara la dependencia laboral.

Seguidamente, determinó que el elemento de subordinación no se encontró debidamente acreditado, ya que si bien, la parte actora se comunicaba vía telefónica con la sede de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA ubicada en Montelíbano - Córdoba, desde donde se remitían los paquetes, lo anterior no indica una continua vigilancia y subordinación, ya que es una actividad de verificación de la entrega en debida forma de la correspondencia. Además, la coordinación de actividades y horarios no implica necesariamente la existencia de este elemento, puesto es un proceso necesario para llevar a cabo la actividad contratada; contando con margen de decisión respecto al desarrollo de sus funciones.

Reiteró que, si bien las funciones realizadas por AMPARO LÓPEZ CORREA dentro de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA hacían parte del objeto misional de este último, su labor era transitoria, siendo realizada cada dos meses por la poca concurrencia de correo y, desde su residencia, asunto, mencionado incluso, por la actora; lo que imposibilita establecer una jornada laboral de ocho (8) horas. Teniendo, por último, autonomía para realizar otros oficios u

ocupaciones de manera independiente. Para finalizar, precisó en lo concerniente a la forma de remuneración que, esta comprendía no sólo el valor inicial del contrato, sino las comisiones por paquetes de entrega.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, realizando reparos respecto a que, como bien lo consideró el *a-quo*, de los testimonios practicados, los cuales, estando en concordancia con la integralidad del material probatorio y dándoles plena credibilidad, quedó debidamente probada la prestación personal del servicio, por lo que, a contrario sensu de la sentencia recurrida, la presunción legal contenida en el artículo 24 CST en armonía con los elementos exigidos en el artículo 22 y 23 de la misma regulación, resultaban a favor de la parte demandante y no de la pasiva.

Segundo, indicó que el *a-quo* tomó en consideración una afirmación no aseverada por AMPARO LÓPEZ CORREA, ni por los testigos practicados, en lo concerniente a que la actora realizara las actividades de entrega de correspondencia cada dos meses, cosa distinta, arguyó, es que hayan manifestado la recepción en particular de dicha correspondencia en ese término. Además, el testigo HILDEBRANDO DE LA OSSA VILLORINA puntualizó que, atendiendo a su oficio, vendedor de chance en las calles, presenciaba el ejercicio de la labor por la parte demandante diariamente.

Así mismo, la actora no manifestó que realizara las actividades desde su residencia. Por el contrario, en virtud de la subordinación de los cuatro superiores mencionados, quienes no fueron desvirtuados por la parte pasiva, y antes bien, aceptando la parte demandante que hacen parte de la empresa SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, lo que indicó verdaderamente, fue que debía desplazarse a Montelíbano - Córdoba para recibir la correspondencia y posteriormente, realizar las respectivas entregas; a excepción

de los días en que se daban circunstancias de fuerza mayor, encomendando por tal motivo, a un tercero para su recepción. Enfatizó el apoderado judicial de la parte demandante, que AMPARO LÓPEZ CORREA llevó a cabo sus funciones a pie o en motocicleta, portando dotación de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA y teniendo logotipos de la misma en su vivienda.

Recalcó, estar probada dentro del proceso, la subordinación, arguyendo que, dentro del interrogatorio rendido por la parte actora, fueron mencionados funcionarios de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA sobre los cuales no se ejerció contradicción por la parte demandada, aseverando antes bien, su condición de coordinadores o encargados del seguimiento del contrato de prestación de servicios. Inclusive, solicitándose en el escrito de contestación de la demanda como testigo a la señora Eliana Horlandi, no obstante, se produjo su desistimiento.

Por último, refiriéndose al elemento de remuneración, formuló que la misma se efectuó de manera deficiente y que las normas colombianas no amparan las comisiones, sin haber percibido siquiera 1smlmv. Cuestionó al *a-quo* al determinar que a AMPARO LÓPEZ CORREA se le remuneraba una parte en salario y otra en comisiones y, declarar al mismo tiempo la existencia de contratos de prestación de servicios; resistiendo de lógica alguna lo anterior, ya que, si es considerada la remuneración como salario, lo dicho indica la existencia de un contrato de trabajo.

Solicitó por lo tanto, la revocatoria de la decisión proferida en primera instancia al haberse probado los elementos que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo y no de prestación de servicios.

5. TRÁMITE

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

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6. 1. Alegatos de Conclusión de la parte apelante

El apoderado judicial de la parte demandante mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2022, reiteró lo sustentado en el recurso de apelación y, concluyó que la valoración de la prueba testimonial efectuada por el *a-quo* no fue realizada en debida forma, en su conjunto, sino todo lo contrario, fue apreciada erróneamente, hasta el punto que se le dio una interpretación que dista no sólo de la realidad, sino también, de la interpretación pura y simple que había de dársele a dichos testimonios.

Por otro lado, indicó que se dio un desconocimiento de los lineamientos para la determinación de la existencia de un contrato de trabajo, al no advertirse la prestación del servicio en horarios de mínimo 8 horas de trabajo; pues se estarían desconociendo varias modalidades de contrato de trabajo que no implican el cumplimiento de las mismas. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se debió tener en consideración que la actora manifestó que en principio entregaba de 5 a 6 paquetes diarios, lo cual inclusive pudo conllevar a demorarse más de 8 horas diarias, teniendo en cuenta que el Municipio de San José de Uré es en su mayoría de tipo rural, por lo cual los desplazamientos de un lugar a otro podían tardar inclusive varias horas en la entrega de una encomienda.

Discrepó con el *a-quo*, ya que consideró que, AMPARO LÓPEZ CORREA tenía autonomía para realizar otros oficios, ocupación o negocio distinto, lo cual per se no desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo. De hecho, siempre y cuando la exclusividad no fuere acordada en el contrato laboral o de prestación de servicios, tal circunstancia no puede ser considerada como un factor que

anule la posibilidad de un contrato de trabajo, de acuerdo con el principio de la realidad sobre las formas. Cuestión que, a pesar de lo anterior, no se tuvo por probado en el curso del proceso.

Reafirmó el apoderado de la parte demandante la labor permanente y continúa realizada por la actora conforme al material probatorio, en específico, las pruebas documentales concernientes a los contratos de prestación de servicios celebrados, en los cuales se evidencia el extremo temporal lineal entre 2008 hasta 2012, anualidad a partir de la cual se continúa la vinculación de forma verbal.

Para finalizar, determinó que el *a-quo* incurrió en error al considerar que, si bien las tareas encargadas a la demandante hacían parte del objeto misional de la actividad de la sociedad demandada, por cuanto se demuestra que se centraban en la administración del servicio público de correo, tal era transitoria. De cara a lo anterior, manifestó que la actora desempeñaba iguales funciones a los demás trabajadores de SERVICIOS POSTALES NACIONALES 4/72, es decir, trabajadores que entregan correo, vinculados por contratos de trabajo; no siendo dable en esa medida, un trato diferenciado en el presente caso.

6.2 Alegatos de conclusión de la parte demandada

El apoderado judicial de la parte demandada mediante escrito del 10 de octubre de 2022, presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, en la medida en que se tuvo por probado que AMPARO LÓPEZ CORREA era contratista independiente, quien no cumplía ningún tipo de horario o subordinación y su remuneración correspondía a porcentajes que no constituían salario. Aunado a lo anterior, indicó que el *a-quo* estableció que la demandante no prestó sus servicios de manera personal, ya que delegaba la tarea contratada a terceras personas, laborando desde su casa o domicilio de manera independiente.

Expuso a su vez que, para efectos de acreditar la existencia de la relación laboral entre las partes, se requería que la demandante hubiese probado los elementos esenciales fijados en el artículo 23 del CST, dentro del proceso. Haciendo énfasis en la falta de subordinación o dependencia, atendiendo a que la actora prestaba sus servicios desde su casa en el municipio de Uré - Córdoba donde no existe sede de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, incluso porque en los días en los cuales no había correspondencia para entregar, sin ningún tipo de horario u órdenes y, no cumpliendo algún tipo de reglamento de índole laboral. Como complemento de lo anterior, reafirmó la ausencia de material probatorio o indicios que llevaran a la convicción del elemento en mención.

Finalizó reiterando las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Presupuestos procesales

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

7.2. Problema Jurídico

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

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: *i)* Si erró el a-quo en la valoración probatoria realizada sobre los testimonios y el interrogatorio de parte para determinar que la prestación personal del servicio llevada a cabo por la actora fue de manera transitoria, discontinua, con plena autonomía para realizar otros oficios u ocupaciones de manera independiente y

desde el lugar de su vivienda. En consecuencia, de establecerse la existencia de la prestación personal del servicio, se *ii)* Verificará la carga de la prueba respecto de los elementos esenciales de remuneración y continua subordinación como consecuencia de la presunción establecida en el artículo 24 del CST y si la consideración del *a-quo* frente a la denominación de salario de los pagos efectuados por parte de la parte demandante a la actora la existencia *per se* de la relación laboral.

Finalmente, en caso de salir avante los reparos efectuados por la parte demandante, se estudiará *iii)* Si le asiste o no derecho a la demandante el reconocimiento y pago de las pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda.

7.2.1. De la valoración probatoria para establecer la existencia de una prestación personal del servicio

Sustentó el accionante que la decisión del *a-quo* es reprochable, toda vez que consideró que la prestación personal de servicio llevada a cabo por la actora ocurrió de manera transitoria, discontinua y de manera autónoma, afirmaciones del interrogatorio de parte y de los testimonios rendidos que no concuerdan con la realidad de lo manifestado.

Expuesto lo anterior, corresponde a esta Colegiatura determinar si incurrió el *a-quo* en una equivocada apreciación respecto del interrogatorio efectuado a AMPARO LÓPEZ CORREA y los testimonios rendidos por HILDEBRANDO DE LA OSSA VILLORINA y JAIDIT ESTELA OYOLA VERTEL.

En lo que respecta al punto de inconformidad sustentado por la parte demandante frente a la apreciación de la prueba, no puede desconocer esta Sala lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T. que establece el principio de la libre formación del convencimiento en los siguientes términos:

*“El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, **inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.** Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. (...)”*

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

De esta manera, es preciso señalar que tal principio y facultad del juez no esta en contravía con el denominado del error de hecho; así, frente a este aspecto la Sala de Casación Laboral, ateniendo a este principio, ha sido reiterativa en sentencias CSJ SL273- 2023, CSJ SL2264-2022, entre otras, que reiteran lo señalado en CSJ SL, 5 nov. 1998, rad. 11111, lo siguiente:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”

(...)

*La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, **aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso***

es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho.”

En virtud de lo expuesto, para el caso concreto, en lo que corresponde al interrogatorio de parte realizado a AMPARO LÓPEZ CORREA, se extrae de su análisis que, contrario a lo inferido por el *a-quo*, la actora manifestó de manera clara y expresa que la actividad desarrollada en favor de la demandada no la realizaba desde su lugar de residencia, sino de manera personal dirigiéndose a las viviendas de los destinatarios que debían recibir la correspondencia.

Así mismo, en lo atinente a la conclusión arribada por el juez de conocimiento frente a la situación por la que consideró que la prestación personal del servicio fue ejecutada de manera transitoria, debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio la demandante manifestó que debía recoger la correspondencia tres veces por semana, en la oficina de la empresa demandada que se encontraba en Montelíbano – Córdoba para su posterior entrega; y que, excepcionalmente en situaciones de caso fortuito en razón a daños en la carretera, enviaba a un tercero en un vehículo como una motocicleta para así dar cumplimiento a su función.

De esta manera, colige la Sala que tal situación no desvirtúa la prestación personal del servicio, en el sentido que remitir a un tercero para dar cumplimiento solo ocurrió de manera excepcionalísima cuando la accionante no tenía los medios a su alcance para recoger la correspondencia en el punto asignado a su entrega.

Adicionalmente, se denota que mal infirió el *a-quo* lo mencionado por la demandante, comoquiera que esta nunca mencionó que la labor fuera ejecutada cada dos meses por la poca concurrencia de correo, pues en su defecto, expuso incluso que dentro de la vigencia contractual y en atención a la situación de

desplazamiento forzado acontecida en el municipio de San José de Uré para las anualidades de 2011 y 2012 se presentó un aumento considerable en la correspondencia que debía entregar.

De otra parte, en relación con los testimonios rendidos por HILDEBRANDO DE LA OSSA VILLORINA y JAIDIT ESTELA OYOLA VERTEL, esta Colegiatura encontró que, a diferencia de lo concluido por el juez de primer grado, los testigos en mención no concuerdan en afirmar que la correspondencia entregada por la demandante fuera realizada cada dos meses; sino que, ambos al unísono confirmaron que labor ejecutada por la demandante era llevada a cabo diariamente.

De forma específica la testigo JAIDIT ESTELA OYOLA VERTEL indicó que, recibía el correo particularmente cada dos meses, sin embargo, afirmó que veía cada día en jornada vespertina a la actora en su labor, portando como dotación de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA el chaleco azul. Por su parte, HILDEBRANDO DE LA OSSA VILLORINA, manifestó que, veía ocasionalmente a AMPARO LÓPEZ CORREA en horario matutino y vespertino llevando a cabo las actividades de agente postal, en razón a que este ejerce su actividad como vendedor de chance en las calles del municipio de San José de Uré.

Atendiendo a lo anterior, concluye la Sala que incurrió en un error de hecho el *a-quo* al determinar que la prestación personal ejecutada por la demandante no fue permanente ni recurrente, pues del análisis efectuado se obtuvo que el ejercicio deductivo no resultó acorde con la realidad de lo obtenido en dichas pruebas.

7.2.2. De la carga probatoria respecto de los elementos esenciales como consecuencia de la presunción establecida en el artículo 24 del CST

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

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

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

El artículo 23 de la misma normatividad, dispone:

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

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

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

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

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

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

Ahora, el artículo 53 de la Constitución Política destaca entre sus principios el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; es así como la Constitución señala que prevalecerán las situaciones de facto y de hecho que se presenten en la realidad, dejando de lado las eventuales formalidades que se puedan presentar dentro de una relación contractual entre sujetos de derecho laboral.

Sobre este tópico la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL13020-2017 con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó:

“Para comenzar, es claro que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Por su parte, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor

convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso señalar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se establezca la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.”

En síntesis, en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y acorde con los precedentes jurisprudenciales, siempre deberá primar la realidad en la que se desarrolle la labor contratada, es decir, aunque al acuerdo de voluntades se le haya denominado contrato de prestación de servicios, como ocurre en el presente asunto, el juez debe analizar las particularidades fácticas del caso a fin de establecer, si en realidad lo que se dio fue una relación de trabajo regida por un contrato de trabajo, caso en el cual las normas que gobiernan esa relación contractual son las del Código Sustantivo del Trabajo y no las que regulan el contrato de prestación de servicios en materia civil.

De la prestación personal del servicio

En este punto, es preciso advertir tal y como se señaló en precedencia que en efecto la parte demandante acreditó la prestación personal del servicio, situación que se corrobora con los testimonios rendidos por Hildebrando de la Ossa Villorina y Jaidit Estela Oyola Vertel, en concordancia con la integralidad del material probatorio, esto es, los contratos de prestación de servicios que fueron aportados por la parte demandante visibles a folios 42 a 126 del archivo digital de la demanda.

Siendo lo anterior de esa manera, y de acuerdo con la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T y el desarrollo jurisprudencial previamente citado, se presumía entonces la relación laboral existente entre AMPARO LÓPEZ CORREA y SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, por lo que a diferencia de lo considerado por el *a-quo*, le correspondía a la empresa demandada desvirtuar a través de los elementos de convicción el vínculo laboral.

En tal caso, vale la pena señalar que revisado el acervo probatorio aportado por la parte demandada, únicamente se adjuntó como prueba documental la denominada: “*certificación expedida por el departamento de Gestión Humana de Servicios Postales Nacionales SA*”, de la que únicamente se puede extraer que la directora María Yaneth Galindo Barbosa certificó que la demandante: “*no es, ni ha sido trabajadora de la empresa*”.

Adicionalmente, y aun cuando la demanda solicitó el testimonio de Eliana Horlandi en calidad de supervisora SPU a fin de demostrar la forma de contratación y ejecución del contrato de prestación de servicios de los agentes postales; la verdad es que el mismo apoderado de la parte demandada solicitó su desistimiento, a lo cual accedió el *a-quo* por ser procedente en la diligencia de audiencia que se llevó a cabo el pasado 09 de mayo de 2022.

Es preciso decir que, del interrogatorio de parte a la demandante AMPARO LÓPEZ CORREA y que fue solicitado por la parte demandada, lo que se pudo

constatar fue la prestación personal del servicio en la medida que esta indicó que repartía la correspondencia entregando un promedio de 5 u 8 paquetes diarios, que debía dirigirse 03 veces por semana a la oficina de la empresa demandada que se encuentra ubicada en el municipio de Montelíbano – Córdoba y que debía en todo momento portar un chaleco con el logotipo de la compañía que además había sido suministrado por esta a través de una carta y un acta de entrega. De manera tal, que más allá de su dicho para desvirtuar la relación laboral, cierto es que tal situación no fue probada dentro del proceso.

Finalmente, debe el despacho aclarar que, si bien no se encontró en discusión el extremo inicial de la prestación personal del servicio, esto es, el día 03 de junio de 2008, lo mismo no aconteció con el extremo final del cual aduce la parte demandante que el vínculo culminó el día 30 de diciembre de 2016 y la demandada sostiene que la relación contractual finiquitó el pasado 31 de enero de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester resaltar que del material probatorio allegado en efecto tal y como lo aduce la parte demandada la relación se encontró soportada de manera contractual hasta el día 31 de enero de 2013. No obstante, verificadas cada una de las pruebas aportadas al plenario, esta Sala evidenció cartas de compromiso suscritas por la demandante con destino a la compañía demandada, entre ellas las que datan del 03 y 31 de mayo de 2016 y una última con fecha del 03 de junio de 2016 visible a folio 120 del archivo digital de la demanda.

Lo anterior, en virtud del principio de la comunidad de la prueba y de la libre formación del convencimiento, se puede colegir que el extremo final de la relación se encontró siquiera definido hasta el día 30 de junio de 2016, fecha esta que se tendrá en cuenta en caso de concluir la existencia de una relación laboral entre las partes.

De la continuada subordinación ejercida por el demandado.

De este tópico, precisó el *a-quo* en su decisión que, el elemento de subordinación no se encontró debidamente acreditado, ya que con las afirmaciones realizadas por AMPARO LÓPEZ CORREA no era posible indicar una continua vigilancia y subordinación. De la misma manera, que si bien las funciones realizadas por la actora hacían parte del objeto misional de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA su labor era transitoria, lo que imposibilitó establecer una jornada laboral de ocho (8) horas. Teniendo autonomía para realizar otros oficios u ocupaciones de manera independiente.

No obstante, se reitera que la apreciación acaecida por el juez de instancia no derivó de la presunción establecida por el artículo 24 C.S.T.; razón por la que no le correspondía a la actora acreditar el elemento de la subordinación. En tal caso, se insiste que no pudo siquiera el demandado a través del acervo probatorio derruir la continuada subordinación, pues es claro que de los testimonios y del interrogatorio no podía desvirtuarse la presunción contenida en el artículo 24 CST, quienes por su parte dieron cuenta de la prestación personal del servicio ejecutada por la demandante.

En otro sentido, de lo que se puede extraer del interrogatorio de parte de AMPARO LÓPEZ CORREA es que se encontraba bajo la subordinación y dependencia de la empresa a través de Eliana Horlandi y tres superiores más, situación que no fue controvertida por el apoderado judicial de la parte demandada.

Inclusive, dentro de los contratos de prestación de servicios aportados por la parte demandante se denota una subordinación jurídica, entendiendo esta en los términos de la Sentencia C- 386/2000, (M.P. Antonio Barrera Carbonell). así:

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del Contrato de Trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un

poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de ordenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como este debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económico (Corte Constitucional., 2000).

Contratos de prestación de servicios que contienen una serie de estipulaciones concernientes a las obligaciones de AMPARO LÓPEZ CORREA como agente postal de la entidad, sujetas a la supervisión y revisión por parte de los funcionarios delegados. Determinando que, para el desarrollo de las actividades, debía llevarlas a cabo de manera personal y conociendo los reglamentos que sobre el particular rigieran las normas postales. Teniendo, por último, SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA la obligación y facultad, por tanto, de sancionar y multar cuando a ello hubiere lugar.

De la remuneración.

En el caso bajo estudio, y presumida la relación laboral, el elemento de remuneración se entiende satisfecho comoquiera que no existe prestación personal del servicio sin una contraprestación onerosa.

En ese sentido, y siendo reiterativa la Sala frente a lo esbozado por la actora en su declaración, esta estableció que percibió durante la vigencia de la relación laboral, es decir, entre 2008 hasta 2016, el pago de un sueldo básico y fijo mensual correspondiente a \$250.000, no siendo concordante a su vez, con los valores estipulados en los contratos de prestación de servicios, que oscilaron entre \$ 540.000 y \$1.778.392 de los cuales se pagaba el 30% del SMMLV al momento como reconocimiento fijo mensual, un porcentaje por envío entregado o devolución motivada, admitido por licencia de crédito y descuento por compra de estampilla.

Con todo eso, el artículo 132 del CST consagra:

El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Comoquiera que la demandante no percibió el salario mínimo legal mensual vigente durante el periodo en que existió la relación laboral, esta colegiatura, tendrá como monto de remuneración 1smlmv vigentes entre 2008 y 2016, establecidos como hitos temporales del vínculo laboral.

Así las cosas, conforme con lo expuesto es preciso concluir la existencia de un vínculo laboral surgido entre las partes en virtud del principio de la realidad sobre todas las formas de cuyos extremos se encuentran enmarcados entre el 03 de junio de 2008 y el 30 de junio de 2016, razón por la que es claro que los reparos efectuados por la parte demandante tienen ocasión de prosperar en esta instancia, lo cual conlleva a estudiar la procedencia de las pretensiones de la parte actora como consecuencia de la existencia de una relación laboral.

Previo a ello, esta Sala hace claridad que se relevará del estudio sobre el reparo efectuado por la parte recurrente en relación a la acepción de la palabra “salario” utilizada por el *a-quo* dentro de sus consideraciones y la incongruencia que ello llevaría a no determinar la existencia de una relación laboral. Pues del análisis expuesto, esta Judicatura ya coligió la existencia de un vínculo laboral suscitado entre las partes.

7.2.3. Del reconocimiento y pago de prestaciones sociales e indemnizaciones a cargo de la demandada

7.2.3.1. Del ajuste salarial reclamado

En este aspecto sería del caso analizar la procedencia en lo referente al ajuste salarial reclamado para las anualidades comprendidas entre el 2007 y 2016 que se encuentran contenidas en las pretensiones 2° a 12° del escrito de la demanda.

No obstante, es preciso advertir que dentro del trámite del proceso, en audiencia del 23 de febrero de 2021 el *a-quo* resolvió declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente a las pretensiones 2° a 12° del escrito de la demanda. Decisión sobre la que este Tribunal mediante providencia de fecha 27 de agosto de 2021 resolvió revocar parcialmente la decisión para declarar no probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pero confirmando todo lo demás.

Así las cosas, es claro que el estudio de procedencia sobre las referidas pretensiones no puede surtirse en virtud de la excepción previa que fue declarada probada.

7.2.3.2. De las prestaciones sociales y vacaciones pretendidas

En este tópico, ante los resultados del proceso en razón a la existencia de la relación laboral y en virtud de lo pretendido, aplicadas las correspondientes operaciones aritméticas se encuentra que la demandante tiene derecho a las siguientes sumas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones así:

Cesantías: \$ 5.114.749,72

Intereses a las Cesantías: \$ 575.635,26

Vacaciones: \$ 2.287.710,97

Para tal efecto, se aclara que el demandante no pretendió el pago correspondiente a las primas de servicios, concepto sobre el que no se dispondrá orden alguna en razón a que no es dable en esta instancia aplicar las facultades *Ultra y Extra petita*.

Finalmente, respecto de la pretensión para la aplicación de la indexación, tal y como se indicó en la Sentencia CSJ SL4691-2018, la indexación es procedente ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la que es procedente ordenar su aplicación a la fecha de pago respecto de las sumas arriba enunciadas.

7.2.3.3. De la indemnización moratoria

En lo concerniente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, se debe tener en cuenta que, atendiendo a que la declaratoria del contrato de trabajo lo fue en aplicación de la presunción del artículo 24 del C.S. del T, y que tal sanción no opera de forma automática, no es dable imponer la condena invocada como explica a continuación.

Sobre las sanciones deprecadas señaló la Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL11436-2016 y SL1885-2021, lo siguiente:

“Sobre el particular, es pertinente anotar que esta Sala ha dicho de manera reiterada que los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática, sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista, analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si estuvo revestida de buena fe. Al respecto, en decisión CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, esta Corte sostuvo:

(...) en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente

sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:

*La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, **como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.**”*

Y en la sentencia SL199-2021, Radicación N ° 77192 del 20 de enero de 2021, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador, precisó:

“En relación a la carga de la prueba respecto de la pretensión de indemnización moratoria ya ha adoctrinado esta Corporación, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso (SCL SL194 de 2019).

Así mismo, esta Corporación ha sostenido que «es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta». (SCL SL194 de 2019). Así se precisó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago

de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política”.

Asimismo, esta Sala ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla, que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, la Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹**, señaló:

*“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.*

Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767²**, expresó:

¹ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

² M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

“Si la censura invoca el contenido literal de las aludidas documentales, para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo”.

En la sentencia **SL19093-2017**, puntualizó:

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949], dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la sentencia **SL1426-2018**, señaló la Corte:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que es incontrovertible el ejercicio de la subordinación y la remuneración por los servicios prestados”.

Y así, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457**, 23 jul. 2014, rad. 43457; **SL7145**, 3 jun. 2015, rad. 43621; **SL17714-2017**, **SL16988-2017**, **SL13070-2017** y **SL6380-2015**). Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL**, 13 may. 2020, rad. 59396.

Por tanto, como quiera que en el caso bajo estudio se declaró el contrato de trabajo con fundamento en la presunción prevista en las normas citadas, no es dable aplicar de forma automática la sanción invocada, por lo que se absolverá de la misma a la parte demandada.

7.2.3.4. Del pago de dotaciones

Referente a este ítem pretendido por la parte actora, es necesario indicar que la CSJ en sentencia SL 1640 de 2023 recordó lo siguiente:

“Manifiesta la parte actora que, durante el tiempo de labores, la parte demandada no le suministró las dotaciones respectivas, por lo que procede la indemnización de perjuicios por falta de suministro de las mismas. Al respecto, la Sala recuerda que, para su imposición, se exige de la parte actora la carga de demostrar que, con la omisión de su entrega, efectivamente se le causaron perjuicios (CSJ SL1639-2022 en la que reiteró la decisión CSJ SL5754-2014), sin que en el plenario se hayan acreditado, pues solo se limitó a elevar el reclamo. En consecuencia, se absolverá de esta pretensión.”

En tal efecto, lo primero que hay que destacar es que la parte demandante únicamente solicitó el pago de las dotaciones cuyo reconocimiento no es procedente; aun así, si en gracia de discusión hubiere solicitado el pago de la indemnización por la falta de su entrega, lo cierto es que en el caso de estudio tampoco es procedente comoquiera que no cumplió con la carga de demostrar que su omisión en la entrega le ocasionó un perjuicio.

7.2.3.5. Del pago de la indemnización por despido sin justa causa

Esta Sala debe indicar que el artículo 64 del CST establece que en todo contrato de trabajo se encuentra enmarcada la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Así mismo, señala que, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo

sin justa causa comprobada, por parte del empleador, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos allí contenidos.

De igual forma, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiterada jurisprudencia la situación por la cual el hecho del despido debe ser demostrado por el demandante y, en consecuencia, la justa causa debe ser acreditada por el empleador. Tal situación, fue reseñada en sentencia SL2295 de 2023 en la que se reiteró la SL4547 de 2018, así:

“(...) esta Sala no desconoce que es deber del demandante probar el hecho del despido para que se invierta la carga de la prueba y sea el empleador quien deba demostrar la «[...] ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral» (CSJ SL4547-2018).”

En tal caso, esta Sala evidencia que la parte demandante no acreditó el hecho del despido, razón por la que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización deprecada.

7.2.3.6. De los aportes a salud, pensión y riesgos laborales

Sobre los aportes a pensión reclamados en cumplimiento a la obligación que deriva para el empleador de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, advierte la Sala que dentro del expediente no existe prueba acerca de dicho pago ante la administradora de pensiones, por lo tanto, se condenará a la demandada a realizar el pago de los correspondientes aportes al Sistema General de Pensiones conforme a cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la actora o donde ella elija. Para lo anterior, el fondo tendrá en cuenta los extremos laborales comprendidos entre el 03 de junio de 2008 y el 30 de junio de 2016.

En lo referente al cobro de aportes a salud y riesgos laborales se debe recordar que conforme con la Sentencia SL 2738 de 2023, la CSJ indicó:

“En relación con esta temática, según lo explicado en la sentencia CSJ SL3009-017, la Sala ha considerado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a la contingencia de salud riesgos profesionales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tal riesgo.”

Por razón de lo anterior, al no encontrar acreditado dentro del plenario la existencia de un daño a la salud producido, se absolverá de esta pretensión a la parte demandada.

8. Costas

Por las resultas del recurso se impondrá condena en costas en primera instancia a cargo de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA. De otra parte, tendiendo las resultas del recurso y la réplica de parte demandada esta instancia, se impondrá costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en UN (01) SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 16 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23-466-31-89-001-2017-00187-02 FOLIO 325-23**, promovido por **AMPARO LÓPEZ CORREA** contra **SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA**.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada **SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA**, a realizar el pago de los siguientes conceptos:

Cesantías: \$ 5.114.749,72

Intereses a las Cesantías: \$ 575.635,26

Vacaciones: \$ 2.287.710,97

Las anteriores sumas deberán ser indexadas a la fecha de pago correspondiente.

TERCERO: ORDENAR a la demandada **SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA** a realizar el pago de los correspondientes aportes al Sistema General de Pensiones conforme a cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la actora o donde ella elija. Para lo anterior, el fondo tendrá en cuenta los extremos laborales comprendidos entre el 03 de junio de 2008 y el 30 de junio de 2016.

CUARTO: Costas en primera instancia a cargo de **SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA**.

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

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-182-31-89-001-2021-00121-01 FOLIO 333 – 22

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el tribunal, recurso de apelación interpuesto por la parte demandada FUNDACIÓN SHAMMA, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 19 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DORIS MARGARITA BORJA ÁLVAREZ contra FUNDACIÓN SHAMMA.

2. ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA

Pretende la parte actora, Doris Margarita Borja Álvarez, se declare la existencia contrato entre las partes, desde el 28 de febrero de 2013 hasta el 21 de junio de 2019, el cual terminó sin justa causa por causales imputables al empleador. En consecuencia, se condene al extremo demandado a pagar la suma de \$52.440.338, por concepto de liquidación de prima legal, vacaciones, prestaciones sociales (cesantías e intereses a las cesantías), sanción moratoria e indemnización por despido injustificado. De igual forma solicitó la condena de costas y agencias en derecho a cargo de la empresa demandada.

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Soporta la demandante su pedimento, de forma sucinta, en los siguientes hechos:

La actora indicó que laboró como docente de educación preescolar en el Instituto Filadelfia, perteneciente a la FUNDACIÓN SHAMMA, en el periodo comprendido desde el 28 de febrero de 2013 hasta el 21 de junio de 2019.

Manifestó que el salario percibido durante los primeros dos años de la relación laboral fue la suma de \$300.000, la cual ascendió progresivamente hasta \$600.000 para la vigencia de 2019.

En el mismo orden de ideas, refirió que el contrato laboral fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, a lo cual agrega que este en ningún momento de la relación laboral realizó el pago de prestaciones sociales y demás emolumentos; en su lugar, hacía entrega de un bono anual en el mes de diciembre por la suma de \$200.000.

2. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

Admitida la demanda y notificada en forma legal, la demandada, Fundación Shamma, a través de apoderado judicial allegó escrito de contestación en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito denominadas *cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción*.

Así las cosas, frente a los hechos, la empresa demandada indicó que vinculó a la parte actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, acuerdo este en el que se pactó un pago anual. Por tal razón, no puede afirmarse que esta recibía un salario mensual.

Como consecuencia de lo anterior, refiere que, en virtud del tipo de contrato suscrito, no se hizo efectivo el pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas y aportes a seguridad social, comoquiera que no había relación de subordinación entre la demandante y el empleador. Finalmente, agrega que las razones expuestas desvirtúan la tesis de despido sin justa causa.

Dentro de las pruebas relevantes arrimadas al expediente, afloran las documentales: copias de las cuentas de cobro suscritas por la demandante, así como comprobantes de pago, contratos de prestación de servicios de fecha 1 de febrero de 2018, y 1 de febrero de 2019.

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

3. SENTENCIA APELADA

El operador judicial de primera instancia declaró la existencia de la relación laboral, bajo la modalidad de contrato a término indefinido en el periodo comprendido del 28 de febrero de 2013 al 21 de junio de 2019, como quiera que en el debate probatorio se acreditaron los requisitos de dependencia o subordinación por parte de la demandante, prestación personal del servicio y remuneración salarial. Esto es, la actora fue vinculada a la institución educativa en el año 2013 como docente del área de preescolar, en el horario de 6 de la mañana a 11:45 según quedó demostrado en la práctica de pruebas; rindiendo informe de su actividad al director de la institución y recibiendo remuneración de \$300.000 mensuales la cual aumentó progresivamente a lo largo de la relación laboral.

Sustenta el *a-quo* su postura en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, radicado 42772 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; la cual ilustra la presunción de la existencia del contrato de trabajo. Así como el Decreto 2127 de 1945 trayendo a colación aquellas condiciones que deben coexistir para la declaratoria de la relación laboral.

Así las cosas, las excepciones propuestas por el demandado, denominadas cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación se declararon no probadas, y se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción puesto que, frente a la pretensión de prima legal, este derecho se encuentra prescrito en el periodo de tiempo comprendido entre el 23 de febrero de 2013 hasta el 1 de julio de 2018.

Dicho lo anterior, el operador judicial condenó a la FUNDACIÓN SHAMMA al pago de \$6.660.702 por concepto de prestaciones sociales, \$22.008.864 suma adeudada por reajuste salarial, comoquiera que el salario devengado por la actora no correspondió al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; \$2.751.000 por concepto de indemnización por despido injusto; \$19.874.160 por concepto de indemnización por falta de pago de prestaciones sociales consagrada en el artículo 65 del CST. En la misma línea, se ordenó a la demandada consignar el valor de \$7.545.600 correspondientes a aportes pensionales dejados de percibir por la demandante, al fondo de pensiones de su escogencia.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El extremo demandado FUNDACIÓN SHAMMA, manifiesta inconformidad con la decisión proferida, fundamentada en las siguientes premisas:

1. El fallador no tuvo en cuenta que la relación entre la actora y la demandada, era regida por un contrato de prestación de servicios, en virtud de lo cual no es dable la condena al pago de prestaciones sociales, máxime, cuando a su juicio, no se acreditaron debidamente los elementos fundamentales para que exista un contrato a termino fijo.
2. Las prestaciones sociales no fueron reconocidas por el operador judicial bajo los parámetros legales establecidos, comoquiera que el reconocimiento de aportes pensionales y reajuste salarial no se encontraban dentro del libelo de

pretensiones de la demanda, ni se dio debate probatorio alrededor de estas, en consecuencia, no están llamadas a salir avante. Ahora bien, en caso de ordenar el pago de aportes de pensión a favor de la demandante, se debe realizar previo calculo actuarial e indexación en una administradora de pensiones, contrario al trámite realizado por el *a-quo*.

3. En lo referente a la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el apelante refirió que para prosperar dicha pretensión debió probarse la mala fe de la demandada, premisa que no se acreditó partiendo de que su actuar fue bajo la modalidad de prestación de servicios.

4. Indicó que no proceden los intereses sobre las condenas mencionadas, toda vez que están contenidos en los valores iniciales como lo son intereses a las cesantías. Además, sostiene que no debe condenarse a intereses por condenas que no fueron objeto de debate probatorio.

5. Finalmente el apelante, solicitó la revocatoria de condena en costas, puesto que, al disminuir significativamente el monto de las pretensiones, consecencialmente debe ser menor el valor de las mismas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad procesal concedida, el demandado presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico

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

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) si se configuran dentro del presente asunto los elementos esenciales para declarar la existencia de un contrato de trabajo; en caso de salir avante lo anterior; ii) verificar si erró el *a-quo* al emitir una condena sobre aportes pensionales, reajuste salarial e intereses moratorios siendo que estos conceptos no fueron pretendidos por la parte actora; iii) si la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST opera de forma automática; y, iv) si debe revocarse la condena en costas.

6.2.1. Del contrato de trabajo.

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

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

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

El artículo 23 de la misma normatividad, dispone:

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

- a) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo*

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

- c) *Un salario como retribución del servicio.*

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

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

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

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

convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Ahora, el artículo 53 de la Constitución Política destaca entre sus principios el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; es así como la Constitución señala que prevalecerán las situaciones de facto y de hecho que se presenten en la realidad, dejando de lado las eventuales formalidades que se puedan presentar dentro de una relación contractual entre sujetos de derecho laboral.

Sobre este tópico la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL13020-2017 con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó:

“Para comenzar, es claro que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Por su parte, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad

a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso señalar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se establezca la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.”

En síntesis, en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y acorde con los precedentes jurisprudenciales, siempre deberá primar la realidad en la que se desarrolle la labor contratada, es decir, aunque al acuerdo de voluntades se le haya denominado contrato de prestación de servicios, como ocurre en el presente asunto, el juez debe analizar las particularidades fácticas del caso a fin de establecer, si en realidad lo que se dio fue una relación de trabajo regida por un contrato de trabajo, caso en el cual las normas que gobiernan esa relación contractual son las del Código Sustantivo del Trabajo y no las que regulan el contrato de prestación de servicios en materia civil.

En el caso bajo estudio afirmó el recurrente que el fallador de instancia no se acreditaron los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, por lo que la relación que existió entre las partes se encontró regida por un contrato de prestación de servicios.

Así al revisar las pruebas allegadas por las partes, esta Sala encuentra en primera medida que la parte actora si acreditó la existencia de la prestación personal del servicio en favor del demandado, tal situación se mostró con las documentales

que obran a folios 11 y 24 del archivo “01ProcesoDigitalizado.pdf”, y que refieren al certificado emitido por la fundación que fija como extremo inicial de la relación el 28 de febrero de 2013 y la carta de terminación dispone como extremo final el día 21 de junio de 2019.

Adicionalmente, vale la pena resaltar que de la carta de finalización del vínculo existente se desprende: “*La presente es con el fin de comunicarle la decisión que ha tomado la Fundación Shamma, respecto a la continuación de la **relación laboral** que ha tenido con usted (...)*” (Negrilla por fuera del texto); razón por la cual, llama la atención de esta Judicatura que en principio la demandada no desconoció la naturaleza laboral de la relación existente.

Finalmente, se debe tener en cuenta que conforme se obtuvo de las pruebas testimoniales practicadas, es cierto que la accionante prestó personalmente sus servicios para la fundación demandada en calidad de docente y que en contraprestación percibía una remuneración por ello.

Así las cosas, habiendo cumplido la demandante la carga que le correspondía de acreditar la prestación del servicio, era viable pregonar la existencia del contrato de trabajo y en consecuencia era carga del demandado desvirtuar la presunción aplicada de la continua subordinación, situación que no se acreditó dentro del proceso.

Para el efecto, la existencia de cuentas de cobro no desvirtúa la presunción de la continua subordinación; además dada la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante es claro que la misma debía cumplir un horario para presentarse todos los días en la institución educativa y atendía las ordenes de un superior en jerarquía, situación que por el contrario no denota independencia o autonomía en la ejecución del servicio.

Por lo expuesto hasta aquí, es claro que tal y como lo determinó el *a-quo*, en el asunto de marras existió un contrato trabajo dilucidado bajo el principio de la realidad sobre las formas, por lo que no ha de prosperar el primer reparo.

6.2.2. De las facultades ultra y extra petita

Referente a este punto, se indica que las facultades ultra y extra petita se encuentran contempladas en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., el cual reza:

“Artículo 50. Extra y ultra petita. El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha indicado que dichas facultades son exclusivas de los jueces de única y primera instancia; igualmente, en lo que respecta a los requisitos específicos para cada una, dispuso en la Sentencia SL3614 de 2020 lo siguiente:

*“Así, la facultad **extra petita** –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) **hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados**, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.*

*Por su parte, la **ultra petita** –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) **sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.**”*

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es preciso revisar las piezas procesales a efectos de verificar la situación concreta dentro del presente asunto; así entonces, se tiene que dentro del libelo de la demanda la parte actora solicitó como pretensiones la declaración de existencia de un contrato entre las partes que terminó por causa del empleador, así como el pago de prestaciones sociales,

sanción por mora en el pago de cesantías, y la indemnización moratoria por el no pago de primas legales.

De esta manera, conforme con la sentencia dictada por el *a-quo* y el reparo realizado por el apoderado de la parte demandada, se observa que el mismo emitió una condena respecto del reconocimiento de aportes pensionales, el reajuste salarial y los intereses moratorios, aspectos que se encontraban por fuera de lo pedido.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto se está ante la aplicación de la facultad de *extra petita*, de esta manera, aun cuando se observa que el juez de instancia no realizó pronunciamiento sobre la aplicación de dicha figura en las consideraciones la providencia dictada; lo cierto, es que tal prerrogativa no es exigida por la ley o la jurisprudencia razón por la cual no le asiste razón al recurrente al afirmar tal situación.

De otro lado, en lo que si respecta a los requisitos formales para dar aplicación a la facultad de *extra petita*, esta Sala encuentra que:

- En relación a la condena emitida respecto del reconocimiento de aportes pensionales y el reajuste salarial, es cierto que: i) el asunto fue discutido en el proceso conforme se desprende el hecho 1° de la demanda en el que la parte actora sostuvo que la demandada le reconoció un salario inferior al mínimo, y que no se realizó el pago de aportes a seguridad social en vigencia de la relación laboral; y, ii) los hechos se encuentran debidamente acreditados por cuanto del estudio del proceso se determinó la existencia de un contrato realidad y en consecuencia, las afirmaciones en el escrito de contestación de la demanda que refieren el no pago de un salario mínimo y la no cancelación de aportes al sistema de seguridad social por parte de la demandada dan cuenta de ser situaciones indiscutiblemente acreditadas.

- Situación distinta ocurre con la condena de intereses moratorios emitida por el *a-quo*, en razón a que tal asunto no fue discutido en el proceso, y por tanto, no puede operar una condena por fuera de lo pedido por el demandante.

En virtud de lo expuesto, se encuentra que frente a este reparo únicamente le asiste razón al recurrente en lo referente a la condena de los intereses moratorios situación por la cual esta Colegiatura revocará el numeral 5° de la providencia de fecha 19 de agosto de 2022.

6.2.3. De la indemnización moratoria

En lo concerniente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, se debe tener en cuenta que, atendiendo a que la declaratoria del contrato de trabajo lo fue en aplicación de la presunción del artículo 24 del C.S. del T, y que tal sanción no opera de forma automática, no es dable imponer la condena invocada como explica a continuación.

Sobre las sanciones deprecadas señaló la Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL11436-2016 y SL1885-2021, lo siguiente:

“Sobre el particular, es pertinente anotar que esta Sala ha dicho de manera reiterada que los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática, sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista, analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si estuvo revestida de buena fe. Al respecto, en decisión CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, esta Corte sostuvo:

(...) en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el

artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:

*La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, **como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.***”

Y en la sentencia SL199-2021, Radicación N ° 77192 del 20 de enero de 2021, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador, precisó:

“En relación a la carga de la prueba respecto de la pretensión de indemnización moratoria ya ha adoctrinado esta Corporación, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso (SCL SL194 de 2019).

Así mismo, esta Corporación ha sostenido que «es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta». (SCL SL194 de 2019). Así se precisó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de

mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política”.

Asimismo, esta Sala ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla, que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, la Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹**, señaló:

*“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.*

¹ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767**², expresó:

“Si la censura invoca el contenido literal de las aludidas documentales, para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo”.

En la **SL19093-2017**, dijo:

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949], dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la **SL1426-2018**, señaló la Corte:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que es incontrovertible el ejercicio de la subordinación y la remuneración por los servicios prestados”.

Y así, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**).

² M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**.

Por tanto, como quiera que en el caso bajo estudio se declaró el contrato de trabajo con fundamento en la presunción prevista en las normas citadas, no es dable aplicar de forma automática la sanción invocada, por lo que se absolverá de la misma a la parte demandada.

6.2.4. De la condena en costas en primera instancia

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

Ahora bien, en lo que se refiere al reparo frente al monto condenado a pagar, se observa que tal situación no puede ser discutida en esta instancia comoquiera que el recurrente cuenta con la oportunidad para atacar dicho valor en el auto que liquida las costas procesales.

En razón a lo anterior, la decisión adoptada será confirmada como se explicó con anterioridad.

8. COSTAS

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada y en su lugar absolver a la demandada de la condena por concepto de intereses moratorios.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia y en su lugar absolver a la demandada del pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

TERCERO: Confirmar la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2021-00252-01 FOLIO 344-2022

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por los gestores judiciales de las partes demandante y demandada, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 05 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por AURELIO JOSÉ ÁLVAREZ MERCADO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

2. ANTECEDENTES

2.1 Demanda

Pretende la parte actora se declare que tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$139.473.243, indexada a la fecha de pago, así mismo, solicita la condena en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de las pretensiones, expuso los siguientes hechos sintetizados así:

Laboró para la empresa Cerromatoso S.A. por lo que realizó cotizaciones en calidad

de trabajador dependiente al ISS hoy Colpensiones. Igualmente, sostuvo que la prestación económica de la pensión de vejez le fue negada por contar con un mínimo de 1000 semanas cotizadas en el sistema.

En razón a lo anterior, explicó que la demandada realizó liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual ascendió a la suma de \$12.725.299 mediante decisión adoptada en Resolución 9452 del 21 de agosto de 2007.

Señala haber iniciado un proceso laboral contra su empleador para obtener el pago de los aportes que debieron realizarse entre el 28 de septiembre de 1971 y el 01 de mayo de 1982, razón por la que mediante decisión judicial se ordenó a Cerromatoso SA a realizar el pago del cálculo actuarial en una suma de \$ 559.614.643.

Así las cosas, con posterioridad solicitó ante la demandada la reliquidación de la prestación económica y mediante Resolución SUB 330377 del 30 de noviembre de 2019 se le reconoció un valor de \$24.944.582, sin embargo, indicó que no se tuvo en cuenta el promedio ponderado de cotizaciones realizados por el demandante, siendo que en realidad la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez equivale a la suma de \$ 139.473.243.

2.2. Contestación y trámite

2.2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso como excepciones de fondo las de: inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Como argumentos de defensa, indicó que no le asiste razón a la parte actora, teniendo en cuenta que la pretensión solicitada fue reliquidada en debida forma, teniendo en cuenta el salario base de liquidación, las semanas cotizadas y el respectivo promedio

ponderado sobre los cuales cotizó el actor.

2.2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S. se surtieron de forma legal y en esta última, se profirió

3. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el *a-quo* declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, en consecuencia, condenó a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar la suma de \$ 43.220.729 por concepto de la diferencia obtenida de la reliquidación de la prestación económica a favor de la parte actora. Así mismo, condenó a la demandada a realizar el pago de las costas procesales en la suma de \$ 2.161.036.

Como fundamento jurídico, el juez de instancia, indicó que el actor cumple con los requisitos exigidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 por lo que procedió al realizar la liquidación de la prestación económica encontró que la misma asciende a la suma de \$ 68.165.311, por lo que a favor del actor se registra una diferencia a su favor de \$ 43.220.729 teniendo en cuenta que la demandada había reconocido por reliquidación la suma de \$ 24.944.582.

En consecuencia, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó en costas a la parte demandada siendo la parte vencida en juicio.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Apelación parte demandante

Presentó recurso de apelación al considerar que si bien el *a-quo* declaró que el demandante tiene derecho a la pretensión reclamada, lo cierto, es que consideró que erró al no ordenar la indexación del valor condenado y no surtir el valor de la reliquidación bajo un 9.43% de promedio de cotización.

4.2. Apelación parte demandada

Muestra su inconformidad el apoderado judicial de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al señalar que, bajo la Resolución SUB 263596 del 08 de octubre de 2006 se negó el reconocimiento de la pensión de vejez y reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en favor del actor; y mediante la Resolución 330377 del 30 de noviembre de 2019 se reconoció una reliquidación de la prestación económica en una cuantía de \$24.944.582, a partir de las fórmulas consagradas en la normatividad vigente para efectuar la liquidación y la reliquidación en favor del demandante, por lo que no se encuentra conforme con la liquidación efectuada por el juzgado de conocimiento.

Referente a la excepción de prescripción, señaló que la prestación de la reliquidación tiene un carácter económico por lo que tal excepción debe prosperar en aplicación de la normatividad civil.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante proveído del 16 de junio de 2022, se le corrió traslado a las partes para alegar por escrito, del cual la parte demandada allegó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación; sin embargo, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, es procedente estudiarla en el grado jurisdiccional de consulta, en lo decidido en contra de COLPENSIONES y que no haya sido motivo de apelación.

Así las cosas, el problema jurídico a resolver se encuentra determinado en dilucidar: i) si opera o se configura el fenómeno de la prescripción en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; ii) si erró el *a-quo* al efectuar el cálculo de la correspondiente prestación económica; y, iii) si debió el juez de instancia indexar la correspondiente condena.

6.2.1. Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se debe señalar que no es objeto de controversia por las partes que el demandante se encontró afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien además no es pensionado y por tal razón mediante Resolución SUB 263596 del 08 de octubre de 2018 se reconoció una indemnización sustitutiva de pensión en la suma de \$12.725.299 con un total de 322 semanas cotizadas.

Así mismo, que mediante Resolución SUB 330377 del 30 de noviembre de 2019 la demandada reliquidó el valor de la prestación económica en una suma de \$24.944.582 con un total de 869 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones.

Establecidos los anteriores supuestos, pasa esta Sala a revisar los reparos efectuados por las partes de la siguiente manera:

6.2.2. Del fenómeno de la prescripción en la indemnización sustitutiva de la

pensión de vejez

De acuerdo con el reparo efectuado por la parte demandada frente a este aspecto, se debe advertir que la Sala Laboral de la CSJ mediante Sentencia SL1345 de 2023 recordó:

“Ciertamente, sobre el particular, esta corporación en pronunciamiento CSJ SL4559-2019, rad. 74456, expresamente recogió el criterio que sostuvo en las sentencias CSJ SL, 15 may. 2006, rad. 26330, y CSJ SL, 23 jul. 2009, rad. 36526; para, en su lugar, avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva. En la primera decisión de las mencionadas, la Corte puntualizó:

En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Así las cosas, se concluye que no ha de prosperar el reparo efectuado comoquiera que los derechos pensionales son imprescriptibles, entre ellos la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

6.2.3. De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

En este punto, se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Por manera que, habiendo cumplido los requisitos mencionados, tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado la afiliada, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica y siendo este el punto de controversia entre las partes, es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

“ARTICULO 3-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Así, este despacho entrará a determinar si en efecto la demandada tiene derecho o no a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; y en caso de ser así, se verificará si tal suma corresponde a la determinada por el *a-quo* en la decisión de primera instancia.

Lo primero que se ha de advertir, es que verificado el plenario se encuentra que la última actualización de la historia laboral del actor se efectuó el 03 de diciembre de 2021 según se desprende de los (folios 03 a 06 del archivo “007ContestacionDemandaColpensiones20220111.pdf” correspondiente al expediente digital). Razón por la cual, será dicha historial laboral la que se tomará

en cuenta a efectos de realizar el estudio de reliquidación objeto del presente litigio. Bajo ese tenor, según se evidencia de dicha documental el actor reúne un total de 906,43 semanas cotizadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo previsto en el reseñado artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, se procedió a realizar la liquidación correspondiente, encontrado una diferencia entre el valor reconocido por Colpensiones y la suma arrojada en la liquidación elaborada por el grupo liquidador con el que cuenta la Rama Judicial.

Lo anterior, en tanto que el Ingreso Base de Liquidación corresponde a la suma de \$1.077.444.332,00, conforme al total del Ingreso acumulado anual debidamente indexado, que al dividirlo por el total de días laborados, que corresponden a 6.345 días y multiplicado por 7, arroja un Ingreso Semanal Promedio de \$1.188.668,00, que multiplicado por las semanas cotizadas, que corresponden a 906,43 y el promedio ponderado de porcentajes, que corresponde al 5,27%; arroja un total por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **\$56.781.316,00**.

De manera que, esta Sala encuentra que existe una diferencia entre lo reconocido en la Resolución SUB 330377 del 30 de noviembre de 2019 por valor de \$24.944.582 y la suma arrojada en la liquidación efectuada, que es por valor de \$56.781.316,00, deviniéndose una diferencia de **\$31.836.734,00**. Para efecto de lo anterior, se adjunta la liquidación emitida por el grupo liquidador para hacer parte integral de la decisión.

Conforme a ello, esta Colegiatura advierte que erro el *a-quo* al efectuar la liquidación correspondiente en una cuantía de \$68.165.311, de la cual además no se hizo visible en el expediente a efectos de determinar la forma en que fue efectuada.

En conclusión, evidencia esta Sala que no ha de prosperar el reparo efectuado por la parte demandante frente al cálculo estimado de la prestación económica, así como tampoco tiene vocación de prosperar la inconformidad manifestada por el apoderado de la parte demandada, pues al actor finalmente le asiste el derecho a la reliquidación de la prestación económica en discusión; y dadas las resultas de las operaciones

aritméticas efectuadas que difieren con las señaladas por el juez de instancia, esta Sala modificará la sentencia apelada en lo que respecta al valor de la condena emitida el pasado 05 de agosto de 2022.

6.2.3. De la indexación de la condena

Ahora bien, dado que la apoderada judicial de la parte demandante efectuó el reparo al considerar que el *a-quo* no ordenó en su decisión la indexación de la condena, esta Sala verifica que en efecto tal petición fue solicitada en la pretensión No. 02 del escrito de la demanda sobre la cual no emitió pronunciamiento de fondo el juez de conocimiento.

Con lo anterior, estima esta Colegiatura que en consideración a la devaluación del peso colombiano, es necesario indexar la suma de \$31.836.734,00, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor que es certificado por el DANE, indexación que deberá correr a cargo de la demandada, es decir que se actualizará anualmente, donde el IPC inicial será el vigente al mes de noviembre de 2019 y el IPC final el mes de septiembre de 2023, siendo que el valor final de la prestación económica indexada asciende a la suma de **\$38.895.053,00** según el cálculo efectuado por el grupo liquidador de la Rama Judicial.

Por lo anterior, es claro que este reparo efectuado por la parte demandante debe prosperar conforme con lo anotado.

6.4. Costas.

No hay lugar a condena en costas en atención a que aun cuando existe replica por parte de la demandada, lo cierto es que el recurso de apelación efectuado por la parte demandante no prosperó en su totalidad.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe pagar a favor del demandante AURELIO JOSE ALVAREZ MERCADO, por concepto de diferencia en la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la suma de **\$38.895.053,00**, que se encuentra debidamente indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

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

CUARTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2019-00398-01 FOLIO 350-22

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia del 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por IVÁN JAVIER BUELVAS LUNA contra COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el demandante que se ordene su reintegro o reubicación de manera definitiva en el cargo que ocupaba como asesor comercial de la empresa demandada COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA; así mismo, solicitó el pago de salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio desde el 10 de julio de 2019, petición el pago de aportes al sistema de seguridad social, la indemnización moratoria, la indemnización por falta de pago de aportes a la seguridad social, el pago de costas y agencias en derecho, así como la aplicación de las facultades ultra y extra petita.

De manera subsidiaria solicitó condenar a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST.

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

Entre las partes existió una relación laboral a término indefinido cuyos extremos temporales se enmarcan entre el 02 de mayo de 2007 y el 10 de julio de 2019. Así mismo, señaló que fue contratado para ocupar el cargo de asesor comercial.

Relató que en contraprestación de sus servicios percibía la suma de un salario mínimo legal mensual vigente correspondiente a cada anualidad, el cual era cancelado de forma mensual.

Manifestó que para la anualidad de 2018 sufrió pérdidas consecutivas de varios miembros de su núcleo familiar, lo cual le generó una afectación psíquica y/o emocional que dificultó su desempeño en las labores para las que fue contratado.

Declaró que su progenitora Celmira del Carmen Luna Ayala falleció el 24 de octubre de 2017, su cónyuge Yajaris Helena Pérez Osorio el 02 de febrero de 2018; y, su hermano Juan Carlos Buelvas Luna falleció el pasado 05 de abril de 2019.

Afirmó que tales situaciones lo convierten en un sujeto de especial protección constitucional garante del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los términos dispuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-049 de 2017.

Comentó que en los meses de febrero a mayo de 2019 presentó bajo rendimiento en las metas proyectadas por la empresa demandada, por lo que el día 25 de

junio de 2019 fue llamado a la diligencia de descargos y finalmente el 10 de julio de la misma anualidad se dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral sin mediar autorización por parte del Ministerio del Trabajo y de la Protección Social.

Finalmente, indicó que a la fecha del despido se encontraba en estado de discapacidad en atención al estado de salud que presentaba y afirmó que la empresa demandada no canceló la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada allegó escrito de contestación en el que planteó las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, enriquecimiento sin causa, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

Como fundamento, precisó que entre la empresa TELMEX HOGAR SA hoy COMCEL SA y CABLECARIBE SA operó una sustitución patronal, en la cual la primera sociedad asumió el rol de empleador del demandante. De otra parte, señaló que se configuró la justa causa legal alegada respecto de las obligaciones asignadas a cargo del trabajador, motivo por el cual activó la cláusula pactada en el numeral 9° del contrato de trabajo, esto es, la terminación unilateral de la relación laboral.

En tal sentido, al no seguir las instrucciones y órdenes del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales frente al desempeño efectivo de metas e indicadores de los meses de febrero a mayo de 2019, se generó una

falta grave y por ende una justa causa para terminar el contrato de trabajo suscrito por las partes.

Sostuvo que el 21 de junio de 2019 informó que la diligencia de descargos se llevó a cabo el 25 de junio de 2019, garantizando así el derecho a la defensa y contradicción del trabajador, quien aceptó que no cumplió con los presupuestos asignados en ese periodo.

Argumentó, además, que a la fecha de finalización del contrato, el trabajador se encontraba apto para desarrollar las funciones propias de su cargo, no contaba con situaciones que lo hicieran un sujeto de especial protección constitucional y que en calidad de empleador jamás fue notificado por parte del actor sobre un diagnóstico emitido por la EPS o ARL acerca de alguna enfermedad psicológica del trabajador en relación con la pérdida de sus familiares.

III. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia resolvió declarar probada la excepción denominada: *“Inexistencia de estabilidad laboral reforzada por luto”* y no probadas las demás excepciones para declarar que el vínculo finalizó sin justa causa por parte de la empresa demandada. En consecuencia, condenó a la pasiva al pago de \$ 7.002.881 por concepto de la indemnización por despido sin justa causa, y le ordenó a su cargo el reconocimiento y pago de \$ 350.150 por concepto de costas procesales. Finalmente, absolvió a la demandada de las demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que no se acreditó ninguno de los presupuestos que hicieran garante al trabajador del fuero de estabilidad laboral reforzada.

De otra parte, sostuvo que dentro del plenario se acreditó el despido del trabajador por lo que del análisis de las justas causas para finiquitar el contrato de trabajo evidenció que si bien la empresa demandada requirió al actor e hizo seguimiento acerca de su rendimiento laboral, no es menos cierto que la compañía no realizó un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas y tampoco le expresó al trabajador los hechos y justificaciones por los cuales no estaba conforme con los nuevos resultados obtenidos en su rol de asesoría comercial, por lo que no se acreditaron las circunstancias fácticas alusivas al bajo rendimiento sindicado y alegado en el contenido de la carta de terminación de la relación laboral, por lo que la demandada debe reconocer y pagar en favor del accionante la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

IV RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La parte demandada a través de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación mostrando su inconformidad frente a los numerales 4°, 5° y 7° de la sentencia dictada por el *a-quo*, de la siguiente manera:

Indicó que si bien el despacho no encontró probada la justeza de la causa por medio de la cual la empresa dio por terminado el contrato de trabajo del accionante, lo cierto es que señaló que no se cumplió la causal contenida en el numeral 9° del artículo 62 del CST y por ende, que se debía agotar un procedimiento previo para dar por terminado el contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, manifestó el recurrente que en ninguno de los apartes de la carta de terminación de la relación laboral existió la invocación de la causal contenida en el artículo 9° del artículo 62 del CST. Ahora bien, señaló que, conforme se desprende del contrato de trabajo, en la cláusula No. 09, se pactaron como justas causas para la terminación del contrato de trabajo, las enumeradas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y, además, las indicadas en el RIT,

esto es, el incumplimiento de las funciones, obligaciones o responsabilidades en el contrato, dan lugar a la justa causa para dar por terminado el contrato sin indemnización de ninguna naturaleza por parte de la empresa.

Aclaró entonces, que la carta de terminación del contrato de trabajo señaló como causales invocadas las dispuestas en el numeral 1° del artículo 58, los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del CST, al igual que lo preceptuado en los numerales 1° y 13° del artículo 42 y el literal d) del artículo 48 del RIT vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos.

En tal sentido, argumentó que la empresa no invocó el bajo rendimiento por parte del trabajador para entonces así poder concluir que el contrato de trabajo finalizó sin justa causa. Adicionalmente, sostuvo que la CSJ en sentencia, con radicado 35998 del 25 de junio de 2009, advierte tal situación en un caso de similares acontecimientos.

Igualmente, solicitó al Tribunal que se tenga en cuenta las causales invocadas en la carta de terminación del contrato de trabajo y los pronunciamientos frente a la validez de pactar como falta grave el incumplimiento de metas y su consecuencia en la finalización del contrato de trabajo, sin que sea exigible el cumplimiento de un procedimiento consagrado en el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966 y que fue esbozado en la sentencia SL2193 de 2019 y posición reiterada en diferentes pronunciamientos recientes.

Finalmente, solicitó revocar los numerales 4°, 5° y 7° de la sentencia adoptada por el juez de primera instancia, y por ende, se absuelva a la empresa demandada de las costas impartidas para ser asumidas a cargo de la parte demandante.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Dentro de la oportunidad concedida el apoderado judicial de la parte

demandada presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los mismos argumentos señalador en el recurso y la diferencia que consideró que existe entre el bajo rendimiento y la configuración de una falta grave para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales.

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

6.2. Problema jurídico a resolver.

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se ciñe a determinar: i) Si erró el *a-quo* al declarar que el vínculo de trabajo suscrito por las partes finalizó sin justa causa por parte de la empresa empleadora.

6.3. De la indemnización por despido sin justa causa

Teniendo por punto de referencia los argumentos esbozados por la parte recurrente, esta Sala debe indicar que el artículo 64 del CST establece que en todo contrato de trabajo se encuentra enmarcada la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Así mismo, señala que, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos allí contenidos.

De igual forma, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiterada jurisprudencia la situación por la cual el hecho del despido debe ser

demostrado por el demandante y en consecuencia la justa causa debe ser acreditada por el empleador. Tal situación, fue reseñada en sentencia SL2295 de 2023 en la que se reiteró la SL4547 de 2018, así:

“(...) esta Sala no desconoce que es deber del demandante probar el hecho del despido para que se invierta la carga de la prueba y sea el empleador quien deba demostrar la «[...] ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral» (CSJ SL4547-2018).”

De otra parte, se debe tener en cuenta que el numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala que el contrato de trabajo se puede terminar por justa causa por *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”*

De la norma anterior se desprende dos situaciones diferentes:

1. La violación de las obligaciones y prohibiciones contenidas en los artículos 58 y 60 del código sustantivo del trabajo.
2. Cometer cualquier falta grave calificada como tal en el reglamento de trabajo y similares.

Así las cosas, se entiende que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleado cuando considere que el mismo ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el manejo de las funciones desarrolladas por el trabajador transgrediendo la naturaleza del contrato de trabajo suscrito entre las partes.

La jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el primer caso la gravedad de la falta debe ser calificada por un juez, y en el segundo caso la gravedad de la falta es calificada o determinada por las partes, bien en el contrato de trabajo, en el reglamento de trabajo o en otro instrumento.

De otra parte, se debe tener en cuenta que el empleador que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a su empleado en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación y no de forma general, sino que debe expresar los motivos específicos y concretos, esto es, los móviles que dan lugar a tomar esa decisión de dar por terminada la relación contractual.

En tal virtud, esa determinación permite inferir las razones de fondo que configuran una justa causa legal para dar finalización al vínculo que rige a las partes, todo en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que rige la relación de trabajo, art. 55 del CST.

Por lo anterior, el empleador es quien debe exponer los motivos que lo llevaron a dar por terminado el vínculo de trabajo, es decir, en el documento de terminación del contrato es menester especificar los hechos que dan lugar a la desvinculación para que se establezca de forma clara, precisa y oportuna los fundamentos de la finalización de la relación laboral y como lo establece el párrafo de los artículos 62 del CST no se puedan alegar motivos diferentes o distintos con posterioridad, lo cual da seguridad jurídica a las actuaciones que rigen las relaciones contractuales entre particulares, a fin de evitar vacíos y controversias respecto de las causas de la terminación del contrato.

En ese orden de ideas, de la revisión efectuada sobre la carta de terminación de la relación laboral visible en a folios 172 a 175 del archivo "*12ContestacionDemandaComcel20210825.pdf*", se encuentra que si bien la

demandada realizó una descripción de 3 graves hechos, esta Sala observa que de la relación descrita la decisión de la empresa demandada se soportó en un único hecho descrito así:

1. Que el trabajador durante la ejecución de su labor, incumplió el presupuesto mensual de ventas para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.

Como se evidenció en la carta de despido, la demandada comunicó al trabajador el motivo de su decisión, que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, la cual se insistió en la diligencia de descargos realizada el 25 de junio de 2019. Así mismo, aparece también que, de una parte, el demandante cumplió con su carga probatoria, la demostración del despido y de otra, que la demandada cumplió con el deber de comunicarle al trabajador las causas y motivos de su decisión.

En el marco de lo expuesto, se observa que del estudio efectuado por el *a-quo*, la consideración que le llevó a la conclusión de una finalización del contrato de trabajo sin justa causa se encontró enmarcada en afirmar que la compañía no realizó un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas y tampoco le expresó al trabajador los hechos y justificaciones por los cuales no estaba conforme con los nuevos resultados obtenidos en su rol de asesoría comercial, por lo que no se acreditaron las circunstancias fácticas alusivas al bajo rendimiento sindicado y alegado en el contenido de la carta de terminación de la relación laboral.

Bajo ese tenor, le asistió razón al recurrente al afirmar que el estudio de la justeza del despido surtida por el juez de instancia se encontró desprovista de fundamento jurídico en atención a que de la carta de terminación de la relación laboral nunca se señaló como causal de despido la contenida en el artículo 9° del artículo 62 del CST.

Así las cosas, surge para esta Judicatura la necesidad de estudiar si la demandada acreditó que la terminación fue como consecuencia de la justa causa que alegó al momento de finalizar la relación laboral suscrita entre las partes.

De esta manera, al revisar el material probatorio allegado en su conjunto, el *sub – lite* se enmarca a lo previsto en el numeral 1° del artículo 58, los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, al igual que lo preceptuado en los numerales 1° y 13° del artículo 42 y el literal d) del artículo 48 del RIT y la cláusula 17° del contrato de trabajo que data del 02 de mayo de 2007, por no cumplir con el presupuesto mensual de ventas para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.

Por lo anterior, verificadas las pruebas aportadas el proceso, sobre la conducta endilgada se encontraron las siguientes situaciones:

- a. Mediante comunicado de fecha 21 de junio de 2019, la empresa demandada comunicó al actor de la citación a descargos, adjuntando dentro de la misma para su conocimiento la Política de Remuneración Variable PC-EST-VAR-1712-2017 y los formatos de acompañamiento de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019, los cuales se encuentran visibles a folios 127 a 144 del archivo digital “12ContestacionDemandaComcel20210825.pdf”.
- b. De la diligencia de descargos, allegada al expediente se encontró que el demandante afirmó lo siguiente:

13. ¿Cuál es la meta mínima de servicios principales que Usted debe cumplir cada mes?
RTA. 25 servicios.

14. Según su respuesta anterior sírvase indicar ¿cómo se enteró de la meta mínima de servicios principales que debe cumplir cada mes?
RTA. Por escrito, a principio de mes siempre nos pasan eso.

19. Se le ponen de presente los formatos de acompañamientos de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019. Sobre estos sírvase responder ¿Usted los reconoce y firmó?

RTA. Si.

20. Si ha recibido acompañamientos de su jefe inmediato para mejorar su desempeño comercial ¿por qué no ha cumplido con el mínimo de ventas en los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019?

RTA. El acompañamiento que tengo actualmente del señor Mauricio que es mi especialista sí, pero el que me hacía el que era antes mi especialista era muy mínimo, llegaba 10 o 15 minutos y se iba. Adicionalmente tuve unas novedades que me afectaron un poco, dentro de ellas la muerte de mi hermano, yo vengo de novedad en novedad, se murió mi mamá el 24 de octubre de 2017, mi esposa murió en febrero de 2018 y mi hermano murió el 05 de abril de 2019.

26. ¿Es consciente de que Usted no ha cumplido con la cuota mínima de ventas de 25 servicios principales durante cuatro meses según el informe que está en el cuadro previo?

RTA. Sí así es.

27. ¿Entiende Usted que es su obligación como trabajador cumplir con las metas de ventas que le son asignadas mensualmente?

RTA. Si.

28. ¿Es cierto o no que una venta de servicios se considera como tal cuando efectivamente es digitada, instalada y legalizada?

RTA. Si.

La anterior situación da cuenta de que, a pesar de las diferentes razones argumentadas por el actor, se encuentra que el mismo indica en sus respuestas finalmente no haber cumplido con las metas en ventas.

- c. Del interrogatorio de parte practicado al demandante, se encuentra que el mismo indicó que el incumplimiento de la meta establecida obedeció a las diferentes calamidades domésticas que acontecieron entre las anualidades de 2018 y 2019; sin embargo, también sostuvo que dicha situación aconteció como consecuencia de no existir suficientes clientes para ofrecer los servicios en la ruta designada por la compañía.

De esta manera, si bien tímidamente la parte demandante trata de demostrar el impacto de los aspectos como las calamidades domésticas y la ausencia de clientes, en rigor a la verdad, dichas situaciones no aparecen claramente demostradas en el expediente.

- d. De otra parte, aun cuando el empleador antes del año 2018 no exigiera a sus empleados el cumplimiento de metas por concepto de ventas, no se puede desconocer que esta obligación se encontraba incluida dentro del contrato de trabajo suscrito por las partes, por tanto, el empleador tenía la potestad de exigir en cualquier momento las metas solicitadas como efectivamente lo hizo al trabajador en 2019.

De conformidad con el material probatorio antes reseñado, la Sala concluye que quedó suficientemente probado que se presentó el hecho endilgado e indicado en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se demostró la existencia de la falta, relativa al incumplimiento del presupuesto mensual de ventas en los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la demandante aceptó en gran medida su conducta y que la misma se enmarca dentro las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo suscrito por las partes tal y como se observa de la cláusula 17° del contrato de trabajo que data del 02 de mayo de 2007:

tales efectos expide LA EMPRESA. **Cláusula Décima Séptima:** Las partes acuerdan que incorporaran como causal de terminación del presente contrato con justa causa la condición que más adelante se menciona, previa las siguientes definiciones. **PERIODO MEDIBLE:** Se considera periodo medible, el periodo de tiempo en el que la EMPRESA evaluará los resultados en cuanto al cumplimiento de las metas y este será semestral (seis meses). **META:** El ASESOR DE CLIENTES deberá realizar mensualmente 40 vinculaciones nuevas al servicio que presta la EMPRESA, y cuyo servicio haya sido instalado al cliente. **CAUSAL DE TERMINACIÓN CON JUSTA CAUSA.** Las partes

Al respecto, cabe recordar que el legislador facultó al empleador para calificar conductas como faltas graves en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, y sobre tal aspecto es claro, cómo se indicó anteriormente, no es posible calificarla gravedad o no de la conducta. Así lo indicó la SL en Sentencia CSJ SL499-2013:

“es palmario que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en

los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que sí se califica en ellos de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato, no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de esa falta.”

En razón a lo anterior, no puede este despacho desconocer el criterio aplicado por el tribunal de cierre de la jurisdicción laboral, razón por la cual se debe concluir que no existe ninguna ilegalidad en la forma en que se presentó la terminación de la relación laboral, y en consecuencia se absolverá a la parte demandada respecto de las pretensiones incoadas.

En razón a lo expuesto, esta Colegiatura encuentra divergencia con las consideraciones exteriorizadas por el *a-quo*, motivo por el cual se concluye que el reparo efectuado ha de prosperar y en consecuencia se revocara la decisión de primera instancia en sus numerales 4°, 5° y 7°.

6.4. Costas

Por las resultas del recurso se impondrá condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante, en esta instancia no se causaron comoquiera que no se revocó la sentencia en su totalidad conforme los dispone el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales CUARTO, QUINTO y SÉPTIMO de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por IVÁN JAVIER BUELVAS LUNA contra COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA.

SEGUNDO: MANTENER incólume la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: Costas en primera instancia a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2021-00136-01 FOLIO 360-2022

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por los gestores judiciales de las partes demandante y demandada, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 16 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA MANUELA MORENO CARRILLO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

2. ANTECEDENTES

2.1 Demanda

Pretende la parte actora se declare que tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$ 54.084.336,67 como diferencia de la suma ya reconocida por la demandada; así mismo, solicitó la condena en costas de la entidad demandada.

Como fundamento de las pretensiones, expuso los siguientes hechos, sintetizados así:

Mediante Resolución No. 2019_3218614 SUB 73830 del 26 de marzo de 2019 la demandada reconoció y ordenó el pago de la indemnización de la pensión de vejez en una suma de \$23.728.429; suma que consideró inferior a la que en realidad corresponde.

La demandada en Resolución SUB 292860 del 23 de octubre de 2019 negó la solicitud de reliquidación de la prestación económica en cuestión.

2.2. Contestación y trámite

2.2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma la demandada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con la contestación propuso como excepciones de fondo: *inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción, improcedencia de cobro de intereses moratorios y la innominada o genérica.*

En su defensa argumenta haber realizado la liquidación de la prestación económica, teniendo en cuenta lo establecido en la normatividad aplicable al caso, de acuerdo al número de semanas reportadas en la historia laboral del actor y, por tanto, no procede la pretensión de reliquidación, ni el reconocimiento de intereses moratorios.

2.2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S. se surtieron de forma legal, siendo que, en esta última se profirió;

3. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el *a-quo* declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, en consecuencia, condenó a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar la suma de \$3.301.931,28 por concepto de la diferencia obtenida entre el valor calculado y el reconocido por la administradora de pensiones de la prestación económica. Así mismo, ordenó el pago

de la indexación de la suma reconocida y condenó en costas a la parte demandada.

Como fundamento jurídico, el juez de instancia, indicó que el actor cumple con los requisitos exigidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 por lo que procedió al realizar la liquidación de la prestación económica, encontrando que la misma asciende a la suma total de \$27.030.360,28, por lo que se registra a favor del actor una diferencia a su favor de \$3.301.931,28. Así mismo, condenó a la demandada a efectuar el pago de la indexación desde el día en que se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y hasta el día en que se efectúe el pago de la obligación.

Producto de lo anterior, declaró probadas las excepciones de buena fe e improcedencia de cobro de los intereses moratorios y declaró no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada. Finalmente, condenó en costas a Colpensiones, por ser la parte vencida en juicio.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Apelación parte demandante

Presentó recurso de apelación al considerar que se debió aplicar la fórmula que se encuentra en el anexo de la Circular 467 de 2002 emitida por el ISS para calcular la prestación económica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual resulta más favorable, según la proyección presentada con el escrito de la demanda.

4.2. Apelación parte demandada

Muestra su inconformidad la apoderada judicial de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al señalar que, la liquidación efectuada por la administradora de pensiones sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se realizó teniendo en cuenta la fórmula y el procedimiento establecido en la normatividad vigente, por lo que el valor reconocido en la Resolución SUB 73830 del 26 de marzo 2019 de \$23.728.429, se

obtuvo como resultado de la aplicabilidad de la normativa citada en el acto administrativo de reconocimiento.

Por lo anterior, manifestó que no se debe emitir condena por concepto de la reliquidación de la prestación económica, y en consecuencia tampoco se puede ordenar la indexación, ni condenar en costas a la administradora de pensiones.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Mediante proveído del 16 de diciembre de 2022, se le corrió traslado a las partes para alegar por escrito, del cual la parte demandada allegó escrito de alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por lo que solicitó revocar la decisión proferida por el juez de conocimiento.

5.2. La parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión aludió al principio de favorabilidad y de la condición más beneficiosa a favor del trabajador, bajo el entendido que en el caso concreto a la demandante le resulta más favorable la aplicación de la fórmula contenida en la Circular 467 de 2002, en la cual se establecieron las directrices para la aplicación del Decreto 1730 de 2001, por lo que la diferencia que se debe reconocer asciende a la suma de \$54.084.336,67 por concepto de la prestación económica solicitada. Frente a este aspecto, indicó que ni el *a-quo* ni la demandada se pronunciaron de fondo sobre la aplicación de la referida fórmula.

Cómo segundo aspecto, recalcó el carácter y la fuerza vinculante de las circulares para señalar que la Circular 467 de 2002 produce plenos efectos jurídicos y su aplicación es obligatoria.

Finalmente, solicitó revocar la sentencia proferida por el juez de conocimiento y, en su lugar, realizar una nueva liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor de la demandante.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P.T. y de la S.S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde dilucidar: i) Si debe aplicarse el contenido de la Circular 467 de 2002 emitida por el ISS a efectos de calcular la prestación económica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; y, ii) si erró el *a-quo* al efectuar el cálculo de la correspondiente prestación económica.

6.2.1. Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se debe señalar que no es objeto de controversia por las partes, que la demandante ANA MANUELA MORENO CARRILLO se encontró afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien además no es pensionado y por tal razón, solicitó ante dicha entidad el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, tampoco se encuentra en discusión que mediante la Resolución SUB 73830 del 26 de marzo de 2019 se le reconoció a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$23.728.429.

6.2.2. Del cálculo referente a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Para este punto, es menester precisar que en atención a que el actor se encuentra

afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le resulta aplicable el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Ahora bien, habiendo cumplido los requisitos mencionados, en cuanto a la fórmula para determinar el valor de la prestación económica y siendo este el punto de controversia entre las partes, lo procedente es dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

“ARTICULO 3-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

De esta manera, vale la pena aclarar que si bien la parte demandante se duele en que el juez de conocimiento no dio aplicación a la Circular 467 de 2002 emitida por el ISS; lo cierto, es que tal disposición únicamente informa y explica la manera en que debe darse aplicación al contenido dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, más no configuró una interpretación de aplicabilidad diferente a la establecida por dicha norma.

En ese sentido, la Circular 467 de 2002 señaló:

“CIRCULAR 467 DE 2002

(Enero 17)

Objeto: Aplicación Decreto 1730 de 2001

Consideraciones

Para su conocimiento y aplicación inmediata, comedidamente remito el decreto en referencia, mediante el cual se reglamentaron los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 en lo correspondiente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión por vejez, invalidez o muerte en el régimen solidario de prima media con prestación definida.

Como puntos que requieren especial atención con relación al mencionado Decreto 1730 de 2001, se encuentran los siguientes:

(...) e) con el propósito de hacer más didáctica la forma de liquidar la indemnización, se anexan a la presente circular, la formulación resultante de los decretos que regulan la materia y dos ejemplos de esta prestación.”

Verificado el anexo correspondiente, se observa:

Anexo

Formulismo

SBCi = Salario sobre el que cotizó en el mes i

ni = días durante los cuales cotizó sobre el salario SBCi

ti = Año en que cotizó sobre el salario SBCi

SC = Semanas cotizadas

$$SC = \frac{\sum_{i=1} ni}{7}$$

IPC actual = IPC del año en que se concederá la indemnización sustitutiva

IPCTi = IPC del año ti

IPC Base 1967

Cada año tiene 365.25 días (D.1748/95)

Cada semana tiene 7 días (L. 100/93, art. 33, par. 2º)

$$\text{Número de semanas del mes} = \frac{365.25}{12 \cdot 7} = 4.3428$$

SBCni = Salario mensual indexado por el número de días de vigencia del mismo

$$SBCni = SBCi \cdot \frac{IPC \text{ actual}}{IPCTi} \cdot ni$$

SBC = Salario base de liquidación promedio semanal (D. 1730/2001, art. 3º)

$$SBC = \frac{\sum_{i=1} SBCni}{\sum_{i=1} ni \cdot 4.3428}$$

PCti = Tasa de cotización que se aplicó sobre el salario SBCi en el mes i para los años 1994= 8%, 1995= 9% y 1996 en adelante= 10% (L. 100/93, inc. 1º, art. 20)

PPC = Promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales se cotizó (D. 1730/2001, art. 3º)

$$PPC = \frac{\sum PCti \cdot ni}{\sum ni}$$

I = Indemnización sustitutiva

I = SBC X SC X PPC

Fecha de causación 2001/12

SBC: Salario base de liquidación de la cotización semanal 134.385

SC: Total semanas cotizadas 875,71

PPC: Promedio ponderado porcentaje de cotización. De toda la vida laboral 4,5808%

I = SBC*SC*PPC: Valor de la indemnización 5.390.770

Número total de días cotizados 6130

Así las cosas, se evidencia que el contenido de la referida Circular enuncia de forma contundente, inequívoca e incuestionable la misma aplicación de la fórmula reseñada en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, razón por la cual el argumento efectuado por la parte demandante carece de todo fundamento y sustento jurídico, pues se reitera que la Circular 467 de 2002 únicamente explica de forma didáctica la aplicación de la norma; más no crea una fórmula análoga o una interpretación diferente para calcular el monto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En virtud de lo expuesto, se concluye que el reparo efectuado por la parte

demandante no ha de prosperar en esta instancia.

6.2.3. De la liquidación de la prestación económica

Así, esta Sala pasará a determinar si en efecto la demandante tiene derecho o no a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; y en caso de ser así, se verificará si tal suma corresponde a la determinada por el *a-quo* en la decisión de primera instancia.

Lo primero que se ha de advertir, es que verificado el plenario se encuentra que la última actualización de la historia laboral del actor se efectuó el 28 de octubre de 2021 según se desprende de los (folios 13 a 19 del archivo “010ContestacionDemanda20211109.pdf” correspondiente al expediente digital). Razón por la cual, será dicha historial laboral la que se tomará en cuenta a efectos de realizar el estudio de reliquidación objeto del presente litigio.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo previsto en el reseñado artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, se procedió a realizar la liquidación correspondiente, encontrado una diferencia entre el valor reconocido por Colpensiones y la suma arrojada en la liquidación elaborada por el grupo liquidador con el que cuenta la Rama Judicial.

Lo anterior, en tanto que el Ingreso Base de Liquidación corresponde a la suma de \$290.133.217,94, conforme al total del Ingreso acumulado anual debidamente indexado, que al dividirlo por el total de días laborados, que corresponden a 6.792 días y multiplicado por 7, arroja un Ingreso Semanal Promedio de \$299.017,01, que multiplicado por las semanas cotizadas, que corresponden a 970,29 y el promedio ponderado de porcentajes, que corresponde al 9.44%; arroja un total por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **\$27.388.576,00**.

De manera que, esta Sala encuentra que existe una diferencia entre lo reconocido en la Resolución SUB 73830 del 26 de marzo de 2019 por valor de \$23.728.429 y la suma arrojada en la liquidación efectuada, que es por valor de **\$27.388.576,00**,

deviniéndose una diferencia de **\$3.660.147,00**. Para efecto de lo anterior, se adjunta la liquidación emitida por el grupo liquidador para hacer parte integral de la decisión.

Conforme a ello, esta Colegiatura evidencia que erro el *a-quo* al efectuar la liquidación correspondiente en una cuantía de \$27.030.360,28, en consideración a que realizó la acumulación de periodos del año 1981, sin embargo, de acuerdo con el informe allegado por el grupo liquidador, el juez de conocimiento indexó el salario mensual y no el acumulado, razón por la que el IBL actualizado es inferior al estimado en esta instancia.

En conclusión, evidencia esta Sala que no han de prosperar los reparos efectuados por la parte demandada en atención a que al demandante si le asiste el derecho a la reliquidación de la prestación económica en discusión; y entonces, dadas las resultas de las operaciones aritméticas efectuadas que no corresponden con las señaladas por el juez de instancia, esta Sala modificará la sentencia apelada en lo que respecta al valor de la condena emitida el pasado 16 de septiembre de 2022.

6.4. Costas

No hay lugar a condena en costas en atención a que si bien ambas partes replicaron en esta instancia, lo cierto es que ninguno de los recursos presentados tuvieron la vocación de prosperar.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, en el sentido de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe pagar a favor de la demandante ANA MANUELA MORENO CARRILLO, por concepto de diferencia en la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la suma de **\$3.660.147,00**, que se encuentra debidamente indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

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

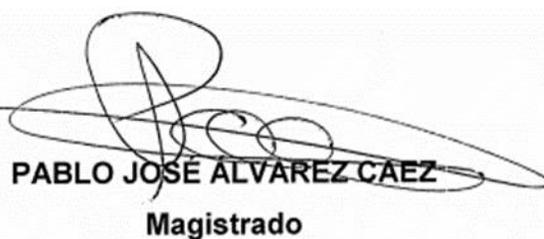
CUARTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

RADICADO N.º 23-001-31-05-002-2018-00206-01 FOLIO 366 – 2023

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta a favor de las demandantes: Onoria Correa Morales, Gloria Cecilia Arrieta de la Rosa, Carmen Martínez González, Lucia Pérez Meza, Marta Ávila de Martínez, Idanis Esquivel Braucin, Eustorgia Rodríguez Morales, Yamile Herrera Ricardo y Yenis Naranjo Martínez, cuyas pretensiones no salieron prosperas en la sentencia pronunciada en audiencia del 15 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ENITH DEL CARMEN GUZMAN GONZALES Y OTRAS, contra FUMLAMOR-FUNDACION MULTIACTIVA LAS MORAS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora que se efectúe a su favor el pago solidario por parte de (FUMLAMOR)-FUNDACION MULTIACTIVA LAS MORAS y el I.C.B.F., INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con respecto a los intereses de cesantías, sanción moratoria por el no pago de los intereses a las cesantías y por la no consignación oportuna de las cesantías a un fondo. Por

último, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades de Ultra y Extra Petita.

2.2. Fundan sus pretensiones, de forma sucinta, en los siguientes hechos:

- FUMLAMOR-Asociación Multiactiva Las Moras, vinculó laboralmente a las demandantes desde el 01 de junio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016, sin que se realizara la liquidación y pago de acreencias laborales respectivas.

Con ocasión a lo anterior las señoras Enith Guzmán González, Mirian Cogollo Peña, Martha Ibarra Gómez, Gilma Rosa Carrascal, Martha Ojeda Arrieta, Nanis Oliva Garay, Elisabeth Gómez Lorduy, María Arrieta De La Rosa, Emilse Paternina López, Carmen Cañavera De Pacheco, Ana Castillo Roja, Ada Bedolla Ramos, María Escobar Jiménez, Damaris Negrete Villadiego, Nelly Villera Naranjo, Evangelina Rhenals Avilez, Mirian Almanza Espitia instauraron acción de tutela en aras de defender sus derechos fundamentales, acción constitucional que en fallo del 1° de septiembre de 2017, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería resolvió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado. Asimismo, respecto a la accionante Amada de Jesús Acosta Ceballos ordenó el juez constitucional reconocerle y liquidarle las acreencias salariales adeudadas.

-Se indica que se omitió la indemnización por no pago oportuno de la liquidación del contrato, el pago de intereses a las cesantías y la sanción moratoria por el no pago o consignación de las cesantías a un fondo.

-Se relata que, si bien las demandantes eran empleadas directas de FUMLAMOR, ésta a su vez prestaba sus servicios al I.C.B.F., en cumplimiento de un contrato de aportes, y que para el año 2016 recibían como contraprestación de las labores realizadas un salario de \$344.727, servicios laborales que ocurrían en cada uno de sus respectivos lugares de residencia, hogares comunitarios de bienestar familiar, donde desarrollaban todas y cada una de las actividades que FUMLAMOR les asignaba.

- Con la demora en el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales, se evidencia la mala fe de las accionadas, teniendo en consideración que son mujeres que hacen parte de la tercera edad a las cuales se les están violentando sus derechos.

2.3. Contestación y trámite

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

2.3.1. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR presentó las excepciones de *Legalidad de los actos o contratos, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad laboral, las excepciones ecuménicas o de oficio que resulten probadas en el proceso* y la excepción previa de *falta de jurisdicción y competencia*. Aunado a ello, presentó solicitud de Llamamiento en garantía a fin de que se vincule al proceso a Seguros del Estado S.A., llamamiento que se negó por el *a quo*.

2.3.2. El 07 de marzo de 2019, el despacho consideró pertinente designar un Curador Ad-Litem a FUMLAMOR, y, además, ordenó la notificación a través de edicto emplazatorio e igualmente la publicación de este en un medio de amplia circulación, tal como lo establecen los artículos 291 y 292 del C.G.P.

2.3.3. La demandada FUMLAMOR presentó la excepción de *Prescripción*.

2.3.4. En la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT, en la etapa de resolución de excepciones previas, el Despacho negó el medio exceptivo propuesto por el I.C.B.F., denominado *Falta de Jurisdicción y Competencia*, y requirió a FUMLAMOR para que remitiera los documentos donde constara el pago de todo emolumento o prestación cancelada en favor de las demandantes.

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

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

El Juzgado indicó que se encuentra acreditado el elemento propio del contrato de trabajo referido a la prestación del servicio a favor de FUMLAMOR, para las demandantes: Enith Guzmán González, Mirian Cogollo Peña, Martha Ibarra Gómez, Gilma Rosa Carrascal, Martha Ojeda Arrieta, Nanis Oliva Garay, Elisabeth Gómez Lorduy, María Arrieta De La Rosa, Emilse Paternina López, Carmen Cañavera De Pacheco, Ana Castillo Roja, Ada Bedolla Ramos, María Escobar Jiménez, Damaris Negrete Villadiego, Nelly Villera Naranjo, Evangelina Rhenals Avilez, Mirian Almanza Espitia, Amada Acosta Ceballos. Por lo que en aplicación del artículo 24 del C.S.T., el Juzgado declaró la existencia del contrato de trabajo de las 18 demandantes antes enunciadas con FUMLAMOR, relación laboral que inició el 01 de junio de 2016 y terminó el 31 de octubre del mismo año.

Sin embargo, aduce el Despacho que de las documentales adosadas al plenario, no se acredita certeza alguna de la prestación del servicio frente a las accionantes: Onoria Correa Morales, Gloria Cecilia Arrieta de la Rosa, Carmen Martínez González, Lucia Pérez Meza, Marta Ávila de Martínez, Idanis Esquivel Braucin, Eustorgia Rodríguez Morales, Yamile Herrera Ricardo y Yenis Naranjo Martínez, por lo tanto, no se puede acreditar el elemento propio del contrato de trabajo frente a ellas.

De otra parte, respecto a la solidaridad que pretenden las actoras se declare con el ICBF, el Juzgado trae a colación la Sala de Casación Laboral que en sentencia SL 100/22, enfatiza acerca de la improcedencia de hacer extensiva la solidaridad regulada en el artículo 34 del C.S.T., respecto de los contratos de aportes que suscribió el ICBF con FUMLAMOR, argumentos que derrotan la pretensión de solidaridad invocada por la parte demandante y lleva a absolver al ICBF de cualquier reclamación propuesta.

Ahora bien, con relación a la procedencia de las acreencias laborales e intereses a las cesantías y sanciones deprecadas por las demandantes, refiere el *a-quo*, que bajo el estudio de la prestación del servicio durante los 5 meses con un salario de \$344.727, y posterior al cálculo del porcentaje de las cesantías, se estableció la suma de \$143.636, y al liquidar los intereses sobre esa base, arrojó el total de \$7.182 para cada una de las 18 demandantes sobre las cuales se declaró el contrato de trabajo. Dicho esto, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, sanción que se encuentra regulada en el artículo 1° del numeral 3° de la Ley 52 de 1975, se establecerá en la suma de \$14.364 para cada una.

Seguidamente, las demandantes invocan una sanción por no consignación de cesantías en un fondo, la cual se encuentra regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así las cosas, en este caso, al evidenciar que a las demandantes las estaban contratando por un tiempo fijo, del 01 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2016, no surgía el deber de consignar las cesantías en un fondo, es decir, la sanción por no consignación de las cesantías no opera en este caso y por lo tanto, no se impondrá condena por ese concepto. Así también, resalta el Despacho que dentro de las pretensiones no se evidencia la sanción moratoria del artículo 65 de la Ley 50 de 1990, sin embargo, del interrogatorio de parte de las demandantes y de los alegatos del apoderado, se evidencia la inconformidad frente al tiempo en que se tardó el pago, siendo así, el Despacho sostiene que no resultaría viable la sanción moratoria frente al caso en estudio, pues no se puede perder de vista que en este proceso el contrato de trabajo se declaró en aplicación del artículo 24 del C.S.T., y sobre eso, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Montería, ha traído la subregla que cuando el contrato laboral se declara bajo el abrigo de la presunción del artículo 24, no es viable imponer la sanción moratoria porque se carece de la prueba de la subordinación.

En cuanto a las excepciones, declara probadas las denominadas: *Inexistencia de la solidaridad laboral, legalidad de los actos o contratos, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, falta de legitimación en la causa por pasiva*, propuestas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE

BIENESTAR FAMILIAR y no probada la excepción de *Prescripción*, propuesta por FUMLAMOR. Finalmente, condena en costas a favor de las demandantes, a cargo de FUMLAMOR.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

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

La accionada FUMLAMOR, por conducto de su apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión dentro del término, manifestando que se encuentra de acuerdo con la Sentencia impuesta en el proceso de la referencia, al considerar que la parte actora se encuentra conforme, dado la no presentación de los recursos de Ley pertinentes.

La accionada ICBF, por conducto de su apoderada judicial intervino dentro del término legal concedido, solicitando se confirme el fallo proferido por el *a-quo*.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico para resolver

Se ciñe a determinar *i)* si existió o no una relación laboral entre las actoras Onoria Correa Morales, Gloria Cecilia Arrieta de la Rosa, Carmen Martínez González, Lucia Pérez Meza, Marta Ávila de Martínez, Idanis Esquivel Braucin, Eustorgia Rodríguez Morales, Yamile Herrera Ricardo y Yenis Naranjo Martínez y el demandado FUMLAMOR, del 01 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2016, y; *ii)* en caso de salir avante lo anterior, determinar si es procedente el reconocimiento y pago de las demás pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda.

5.2.1. Del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar que, como quiera las actoras Onoria Correa Morales, Gloria Cecilia Arrieta de la Rosa, Carmen Martínez González, Lucia Pérez Meza, Marta Ávila de Martínez, Idanis Esquivel Braucin, Eustorgia Rodríguez Morales, Yamile Herrera Ricardo y Yenis Naranjo Martínez, alegan la existencia de un contrato de trabajo con la demandada FUMLAMOR, es necesario traer a colación las normas que rigen la materia, contenidos en la obra laboral de carácter sustancial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo

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

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

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

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que

el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.”

En el caso de estudio, las actoras Onoria Correa Morales, Gloria Cecilia Arrieta de la Rosa, Carmen Martínez González, Lucía Pérez Meza, Marta Ávila de Martínez, Idanis Esquivel Braucin, Eustorgia Rodríguez Morales, Yamile Herrera Ricardo y Yenis Naranjo Martínez, no allegaron al acervo probatorio documental mediante el cual se pudiera extraer o acreditar la existencia de la relación laboral. Ahora bien, aun cuando fueron practicados los testimonios de las accionantes antes aludidas; lo cierto, tal y como lo advirtió el *a-quo*, el mismo carece de suficiencia para acreditar la prestación personal del trabajador en favor de la accionada.

Para el efecto, si bien las actoras en cuestión afirman que laboraron con la accionada FUMLAMOR, del 01 de junio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2016, la verdad es que tal afirmación no da certeza de la prestación del servicio o incluso de la ejecución de las labores que alegan haber desarrollado en favor de la demandada, y teniendo en consideración que, de la única prueba, esto es, el fallo de tutela del 01 de septiembre de 2017 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, se constata que FUMLAMOR reconoce la prestación del servicio de las 18 demandantes aludidas en la presente sentencia consultada, dejando de lado a las 9 actoras en mención, por ello, no se puede acreditar el elemento propio del contrato de trabajo frente a ellas, ni la existencia de una prestación personal del servicio.

5.3. COSTAS.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA

Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ

Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2019-00174-01 FOLIO 386-22

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia del 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDWIN ALFONSO VILLALBA RICO contra GASEOSAS DE CÓRDOBA SAS.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el demandante que se declare ineficaz el despido realizado por la empresa demandada y, en consecuencia, se ordene su reintegro inmediato en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de la terminación del contrato de trabajo. Así mismo, solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro y el pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De otra parte, solicitó ordenar todos los procedimientos necesarios a fin de determinar su pérdida de capacidad laboral, la aplicación de las facultades de Ultra y Extra petita y se emita condena en costas a la empresa demandada.

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

Inició a laborar con la empresa demandada el 13 de abril de 2009 hasta el 12 de febrero de 2012 en el cargo de supervisor de vehículos, desarrollando su labor a través de un contrato de trabajo a término fijo por 06 meses, con un salario mensual de \$2.312.000.

A partir del 13 de febrero de 2012 fue trasladado a la ciudad de Sincelejo – Sucre y por tanto fue ascendido al cargo de jefe de mantenimiento de vehículos, desarrollando labores de manejo de presupuesto anual de gastos, soportes contables, facturación, manejo de proveedores y nómina para los técnicos de mantenimiento, actualización de documentos de los vehículos, revisión técnica de los vehículos, programación de jornadas de mantenimiento preventivo y correctivo, entre otras.

La compañía dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 12 de enero de 2018; sin embargo, señaló que a mediados de 2016 había empezado a sufrir fuertes dolores en los brazos, adormecimientos en las manos y antebrazos, y en general presentó una disminución en la fuerza de sus extremidades superiores, motivo por el que recurrió a consulta general a su EPS Salud Total.

El 27 de enero de 2017 el centro de investigación y tratamiento de enfermedades neurológicas a través de estudios electro-diagnósticos concluyó: *“estudio compatible con atrapamiento severo de ambos nervios medianos a nivel del túnel del carpio”* y el 30 de enero se emite diagnóstico con destino al empleador en el que se informa que padece de la patología: *“síndrome del túnel carpiano bilateral”*.

El 04 de marzo de 2017 fue sometido a cirugía de: *“descompresión del nervio del túnel del carpo y sinovectomía total de la muñeca izquierda”* generando una

incapacidad médica de 15 días. De otra parte, relató que el 11 de octubre de 2017 le fueron ordenadas una serie de terapias físicas para rehabilitación y terapia ocupacional, las cuales finalizaron el 15 de diciembre de 2017.

Argumentó que su despido se dio sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, aun cuando la empresa demandada tenía conocimiento que se encontraba en tratamiento médico por el diagnóstico presentado y en proceso de calificación del origen de la enfermedad.

Indicó que la EPS solicitó, por segunda vez, el 05 de febrero de 2018 los documentos necesarios para determinar el origen de su enfermedad. Igualmente, manifestó que ante la negativa para obtener copia de los exámenes de egreso practicados el día 12 de enero de 2018 por la empresa demandada, tomó la decisión de realizarse dichos exámenes el día 22 de enero de la misma anualidad por medio de la empresa MAXIMUS SYB SAS, los que arrojaron como resultado un hallazgo de parestesias, dolor a la flexión de muñecas y la pérdida de fuerza desde el año 2016.

Adujo que el día 19 de abril de 2018 hizo uso de la acción de tutela en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, la orden de reintegro en la compañía demandada; sin embargo, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Montería, que tuvo el conocimiento del trámite constitucional, resolvió denegar por improcedente el proceso señalando que a la fecha de terminación del contrato de trabajo no se encontraba incapacitado.

Finalmente, indicó que la demandada le pagó la indemnización por despido sin justa causa en una cuantía de \$ 7.334.663,18.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada presentó escrito de contestación en el que señaló como excepciones: *falta de legitimación en la*

causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, mala fe y prescripción.

Al respecto indicó que, a diferencia de lo manifestado por el actor, los extremos temporales de la relación laboral se encontraron enmarcados entre el 14 de abril de 2009 y el 12 de enero de 2018. De otra parte, sostuvo que al actor se le dio por terminado el contrato de trabajo bajo parámetros legales, pues para el 15 de diciembre de 2017, este había terminado las sesiones de terapia y no se encontraba en tratamiento médico, terapéutico o con orden de reubicación ordenada por los médicos laborales o por la ARL y mucho menos presentaba incapacidad alguna.

En razón a lo anterior, consideró que el actor no cumple con los requisitos jurisprudenciales o legales para tener derecho a la acción de reintegro.

III. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia resolvió declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, cuyos extremos temporales se encontraron fijados entre el 14 de abril de 2009 y el 12 de enero de 2018. Así mismo, no declaró ineficaz la terminación del vínculo, por haber finalizado sin justa causa legal y pagado la indemnización, acorde con el artículo 64 del CST. En consecuencia, absolvió a GASEOSAS DE CÓRDOBA SAS de todas y cada una de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda.

Como fundamento de su decisión, indicó que existió un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 14 de abril de 2009 hasta el 12 de enero de 2018; así mismo, indicó que los deterioros en la salud del actor se encuentran reflejados en la historia clínica aportada al expediente, sin embargo, de dicha documental evidenció que el trabajador padeció de enfermedades de tipo general o por determinar con una sola incapacidad, que fue otorgada en marzo de 2017.

Indicó que de la prueba visible a folio 158 del expediente digital, se extrae además que con anterioridad a la terminación del vínculo laboral, el desempeño laboral del actor no fue el mejor, porque los resultados de gestión no se encontraron acordes con lo esperado por la empresa demandada.

Afirmó que, de los tres testimonios recepcionados, ninguno reconoce que el despido se hubiere efectuado por razones diferentes a los comentarios escuchados. Igualmente, señaló que si bien cuenta con una valoración de PCL, lo cierto es que esta se estructuró con fecha del 26 de enero de 2018 en un 18.10%, es decir, que tal situación médica aconteció luego de finiquitado el contrato de trabajo, por lo que se deduce que el despido no fue con ocasión al estado de salud del actor.

IV RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La parte demandante a través de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad en los siguientes términos:

Contrario a lo señalado por el *a-quo* que el despido del trabajador no se realizó por una razón de discapacidad, argumenta que se encuentra acreditado en el expediente la ineficacia del despido, pues la demandada dio por terminado el contrato de trabajo teniendo pleno conocimiento del estado de debilidad manifiesta del actor, pues en fecha previa al despido al actor se le practicó una cirugía de muñeca izquierda por contar con diagnóstico de síndrome del túnel del carpo bilateral y en el acto de despido no se tuvo en cuenta el concepto desfavorable de la recuperación emitida por parte del fisiatra tratante y terapia ocupacional que data del 08 de noviembre de 2017, por lo que al momento del despido el actor gozaba de la estabilidad laboral reforzada, por lo que le resultaba aplicable la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Indicó que la juez de conocimiento dejó de apreciar el testimonio de los señores Jorge Armando Villera, Marcela Salcedo Almanza y Miguel Almanza González, quienes tuvieron conocimiento directo de los hechos y laboraron en la misma empresa con el demandante, quienes fueron enfáticos en afirmar que conocían los quebrantos de salud que padecía el actor y la consecuente cirugía a la cual fue sometido.

Afirmó también que se dejó de apreciar la prueba documental con la que se acreditó que desde el momento en que el trabajador fue diagnosticado de su patología, puso en conocimiento del empleador dicha situación a través de la comunicación del 30 de enero de 2017, igual a como ocurrió luego de practicada la cirugía.

Consideró que, si bien la estructuración de la enfermedad profesional aconteció el 26 de enero de 2018, no es menos cierto que de haberse efectuado el estudio acucioso y haber acatado la empresa demandada la orden de la EPS para remitir los documentos necesarios a fin de estudiar el origen de la patología, los resultados hubiesen sido diversos, por lo que no es de recibo la conclusión emitida por el *a-quo*.

Agrega que en el expediente se encuentra demostrado que el demandante el 17 de noviembre de 2017, mediante comunicación dirigida a su empleador le hizo entrega de todas las evidencias relacionadas con el tratamiento médico que se estaba llevando a cabo.

Afirmó que con la valoración del PCL se concluye la existencia de una disminución en la capacidad del demandante, y por tanto tal limitación física lo ubica en un grado de discapacidad moderada según el criterio jurisprudencial.

De otra parte, argumenta que el *a-quo* manifestó que el despido no se surtió por la discapacidad sino en atención a las investigaciones disciplinarias, lo cual no

es de recibo porque no hubo ningún tipo de sanción producto de las mismas y la actuación disciplinaria no tiene ninguna relación con el despido.

Finalmente, declaró que sustentaba el recurso con el fin de que la decisión adoptada en primera instancia fuera revocada por el superior en jerarquía.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar: i) Si del material probatorio aportado al expediente se permite concluir la existencia de una estabilidad laboral reforzada al momento del despido.

6.4. De la estabilidad laboral reforzada

Así entonces, teniendo en cuenta lo expresado el recurso de alzada, es preciso verificar si el demandante estaba cobijado por el fuero de la estabilidad laboral reforzada, por lo que, de ser así se deberá ordenar el reintegro del trabajador y

en consecuencia dar aplicación a la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 del 1997, modificado por el art. 137 del Decreto Nacional 019 de 2012.

Por lo tanto, a continuación se pasa a verificar el cumplimiento de los requerimientos establecidos legal y jurisprudencialmente para la consolidación de la reclamada estabilidad laboral reforzada por disminución física. Así las cosas, en primer lugar, cabe recordar lo dispuesto en el art. 26 de la ley 361 de 1997:

“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En esta misma línea, la Ley 1618 de 2013, por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en el numeral 1° artículo 2, define quiénes son las personas y/o que se encuentran en situación de discapacidad:

“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, el artículo tercero del Decreto 1507 de 2014, mediante el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, define la deficiencia y la discapacidad, así:

“Deficiencia: Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Discapacidad: Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad”.

Al efecto, en sentencia como la SL 2797 de 2020, la Corte Suprema de Justicia aclara los mecanismos idóneos para la demostración de la pérdida de capacidad laboral, en los siguientes términos:

“Lo anterior es así por cuanto la prueba solemne o ad solemnitatem, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio, entre los cuales no encaja el dictamen pericial que es de las pruebas que dispone la Ley, es ad probationem y obviamente no es de esencia contractual, sino que tiende a acreditar o demostrar un presupuesto o supuesto fáctico (para el caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral) que sirva como sustento o soporte para obtener un derecho perseguido, como por ejemplo el reconocimiento de un auxilio, incapacidad, prestación económica, indemnización, pensión, etc”.

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

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

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las

funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

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

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

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

En lo atinente a la presunción de despido discriminatorio, la Corte Suprema de Justicia en la misma providencia sostuvo:

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

Con fundamento en las anteriores normas y pronunciamientos jurisprudenciales, se concluye que la discapacidad en un trabajador obedece a una deficiencia que padece y que lo limita para desarrollar una actividad; en ese orden de ideas, en este escenario cobra relevancia la calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el caso de no existir una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al empleado en situación de discapacidad, esta disminución se puede inferir a partir del grave

estado de salud o la severidad de la lesión que padece el trabajador, el cual debe ser notorio y perceptible y que lo limite en la realización de su trabajo.

Con el fin de decantar este tópico, es menester advertir que verificadas las pruebas que se encuentran en el expediente, referente al estado de salud del actor, se pudo constatar lo siguiente:

1. Se encuentra aportada la historia clínica del actor, de la cual se refiere que en enero de 2017 se adelantaron estudios relacionados con la patología presentada, de la cual la compañía Radiólogos Asociados de Córdoba SAS llevó a cabo análisis de RX de dedos en manos comparativas en el que determinó:

INFORME:

Estimado Doctor:

Con mucho gusto estamos reportando el estudio solicitado por Usted:

Los tejidos blandos periféricos de apariencia normal.

Los huesos presentan adecuada alineación y mineralización.

No hay evidencia de fracturas, luxaciones, lesiones líticas o blásticas.

Las relaciones articulares conservan sus relaciones anatómicas.

Obra igualmente examen elaborado por el Centro de Investigación y tratamiento de enfermedades neurológicas que data del 27 de enero de 2017, en el que se concluyó:

“ESTUDIO COMPATIBLE CON ATRAPAMIENTO SEVERO DE AMBOS NERVIOS MEDIANOS A NIVEL DE TÚNEL DE CARPO”

Así mismo, se encuentra a folio 31 del archivo digital “5-. ANEXOS.pdf” la información relacionada con el procedimiento quirúrgico practicado el 04 de marzo de 2017; sin embargo, en dicha documental, se señaló que se trataba de un: “*procedimiento menor*” consistente en: “*sinovectomía de muñeca total vía abierta*” y “*descompresión de nervio en túnel del carpo con neurolysis*”.

De lo anterior, se expidieron unas recomendaciones generales postquirúrgicas y una orden de incapacidad por quince días, en los siguientes términos:

Fecha: 2017/03/04 Hora: 10:01
 Médico: MAURICIO JOSE DOMINGUEZ VEGA
 Recomendaciones:
 DIETA NORMAL.
 NO MOJAR VENDAJE.
 RETIRAR VENDAJE EN 8 DÍAS.
 RETIRAR PUNTOS EN 15 DÍAS.
 CITA CONTROL EN 3 SEMANAS
 CEFALEXINA TAB 500 MG VO CADA 6 HORAS POR 5 DÍAS.
 NAPROXENO TAB 500 MG VO CADA 12 HORAS POR 5 DÍAS.

(...)

Orden de Incapacidad N°: 9270

Servicio:	04 - CIRUGIA		
Fecha:	2017/03/04	Duración:	15 días
Fecha Venc:	2017/03/18	Prorroga:	NO PRORROGABLE
Tipo:	Enfermedad General		
Médico:	MAURICIO JOSE DOMINGUEZ VEGA Registro : 230442		
Resumen:	SE AUTORIZA INCAPACIDAD		

Se evidencian la autorización de los servicios de “consulta externa – fisioterapia y rehabilitación” que datan del 11 de octubre y 08 de noviembre de 2017; así, como las sesiones de terapia física de fecha 15 de diciembre de 2017 (folio 44 del archivo “5-. ANEXOS.pdf”), en las que se recomendaron: “graduación y pausas activas repetitivas, cargue y descargue de objetos pesados y graduación de temperatura”.

Finalmente, se encuentra consulta médica que data del 26 de enero de 2018, en la que se emite el siguiente plan de manejo con unas recomendaciones nuevamente genéricas atadas a realizar pausas activas en cada hora laborada y bajar de peso.

Análisis y Manejo

Análisis y Plan de Manejo: PROTEGIDO CON DX S. TUNEL DEL CARPO CON LIBERACION DE NERVIJO MEDIANO IZQ, QUIEN PERSISTE SINTOMATICO, VIENE EN ELE ESTUDIO DE 27/01/2017. LESION DE NERIVO PERIFERICOPOR ATRAPAMIENTO A TRAVES DEL CARPO BILATERAL, YA REALIZAO PROGRAMA REHABILITACION , SE LE EXPLICA DEBE CONTINUAR AUTOCUIDAO, HIGIEN EPOSTURAL PAUSAS ACTIVAS, SEGUIR EN PROCESO CALIFICACION, SE LE EXPLICA SE PRESCRIBE , MANEJO DE DOLOR SINTOMATICO, RECOMENDACIONES, BAJAR DE PESO. SEGUIR EN PROCESO

PLAN
 CITA CONTROL POR MEDICINA LABORAL.
 MANE JO DE DOLOR SINTOMATICO
 HIGIENE POSTURAL
 PAUSAS ACTIVAS CADA HOA LABORADA
 RECOEMDNACIONES Y RSTRICCIONES LABORALES POR MEDICINA LABORAL
 CONTROL

Ahora bien, aun cuando se indica en el plan de manejo que se emitieron unas recomendaciones y restricciones laborales por parte de medicina laboral; la verdad es que las mismas no fueron aportadas al plenario.

De lo descrito hasta aquí es menester precisar que si bien es indiscutible que el actor presenta una patología relacionada con el “*síndrome de tunel carpiano*”; no es menos cierto que de la revisión del acervo probatorio no emergen suficientes razones para afirmar que: i) el actor se encontraba en un estado de debilidad manifiesta tal y como lo alega la parte recurrente; y, ii) tal patología le impedía al accionante realizar las actividades para las cuales fue contratado.

2. Es necesario reiterar que únicamente obra dentro del plenario una incapacidad generada al actor por quince días para el mes de marzo de 2017, producto de la cirugía que le fuera practicada en dicha data. No obstante, es claro para la Sala que tal y como lo determinó el *a-quo* en su decisión, tal situación ocurrió con bastante antelación a la terminación de la relación laboral, ocurrida el 12 de enero de 2018, y que por tanto, dicha incapacidad no representa una situación de la que se pueda desprender la existencia de una debilidad manifiesta o un deterioro en la salud del paciente que le impidiera el cabal desarrollo de las funciones para las cuales se encontraba contratado.

Para corroborar lo anterior, valga citar lo expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la estabilidad laboral reforzada, en sentencia SL1268 de 2023:

“(...) si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una “calificación técnica descriptiva”, en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse “del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la

necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación".

Y precisa más adelante:

*“Esta Sala reitera la obligación que le asiste al trabajador, en esta clase de procesos, de identificar los factores externos e internos que obstaculizan y restringen la prestación del servicio en las mismas condiciones laborales que los demás trabajadores, con el fin de determinar si se encuentra en situación de discapacidad para proceder a identificar los ajustes razonables que el empleador debió implementar para remover las barreras que le obstaculizan el goce pleno de los derechos laborales, si llegasen a existir. **Por eso, la asistencia a múltiples citas con profesionales de la salud; las recomendaciones preventivas o de gestión de riesgos laborales normales, cotidianas o comunes; así como la mención de que una contingencia es de origen laboral no pueden ser asumidas, como acaeció en la primera instancia, como signos irrefutables de discapacidad --sin serlo--, o como signos determinantes de discriminación del trabajador --sin serlo--, o como propulsores de protecciones excepcionalísimas a un sinnúmero de situaciones más generales, con las consecuentes cargas jurídicas y económicas. Así, el artículo 2 de la Convención denotó que dentro del contenido de la discriminación está la denegación de los ajustes razonables, no obstante, el concepto de razonabilidad de dichos ajustes conlleva a la necesidad de analizar su aplicación inmediata o progresiva en cada caso concreto, en el lugar de trabajo. Por tanto, es preciso recordar que sólo pueden evaluarse los ajustes razonables después de haberse establecido que la persona presenta deficiencias, enfrenta barreras actitudinales y/o del entorno, y que ello le genera efectivamente un tratamiento desigual.”***

3. En cuanto al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar que data del 21 de agosto de 2020, cabe aclarar que, si bien la patología fue valorada como una enfermedad de origen laboral, lo cierto, es que a juicio de esta Sala la conclusión discernida por la juez de instancia es acertada en el sentido que la fecha de la estructuración se determinó el 26 de enero de 2018, esto es, con posterioridad a la

terminación del vínculo laboral; y, de otro lado, aun en gracia de discusión se debe tener presente que el porcentaje del PCL fue estimado en 18.10%, el cual no refleja una condición de disminución que le impidiera al actor el desarrollo funcional de sus labores.

Ahora, si bien manifiesta la recurrente que el resultado de dicha valoración hubiese sido diferente en el caso que la empresa demandada hubiere remitido los documentos solicitados por la EPS, no se puede desconocer que la entidad que realizó el dictamen fue la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, quien solicitó la documental necesaria a fin de llevar a cabo la valoración, como se extrae del mismo dictamen:

- Copia completa de la historia clínica de las diferentes instituciones prestadoras de Servicios de Salud, incluyendo la historia clínica ocupacional, Entidades Promotoras de Salud, Medicina Prepagada o Médicos Generales o Especialistas que lo hayan atendido, que incluya la información antes, durante y después del acto médico, parte de la información por ejemplo debe ser la versión de los hechos por parte del usuario al momento de recibir la atención derivada del evento. En caso de muerte la historia clínica o epicrisis de acuerdo con cada caso. Si las instituciones prestadoras de servicios de salud NO hubiesen tenido la historia clínica, o la misma NO esté completa, deberá reposar en el expediente certificado o constancia de este hecho, caso en el cual, la entidad de seguridad social debió informar esta anomalía a los entes territoriales de salud, para la investigación e imposición de sanciones él que hubiese lugar.

4. De otra parte, se registra dentro del plenario examen de egreso aportado por el actor llevado a cabo por la empresa Maximus S y B SAS con fecha del 22 de enero de 2018 en el que se vislumbra: *“restricciones para el manejo de cargas mayores a 5 kilos / actividades que generen movimientos repetitivos de miembros superiores por el tiempo que determine el especialista tratante”*.

Considera esta sala, que dicha circunstancia no incide en manera alguna en el cargo desempeñado por el accionante, conforme el mismo lo manifiesta en los hechos 06 y 07 de la demanda, así:

6.- Mi poderdante EDWIN ALFONSO VILLALBA RICO, a partir del 13 de febrero de 2012 fue trasladado a la ciudad de Sincelejo Sucre y ascendido al cargo de jefe de mantenimiento de vehículos.

7.- Las funciones que realizaba mi poderdante EDWIN ALFONSO VILLALBA RICO, eran: manejo del presupuesto anual de gastos, soportes contables, facturando, manejando proveedores, manejo de nómina para los técnicos de mantenimiento, actualización de documentos de los vehículos, revisión técnica de los vehículos, programar jornadas de mantenimiento preventivo y correctivo, desvarar vehículos con los técnicos, desplazamientos diurnos y nocturnos a desvarar vehículos.

Se debe tener en cuenta que tal y como lo afirmó el actor, el último cargo desempeñado en la empresa fue el de “*jefe mantenimiento de vehículos*”, acorde con el certificado emitido por la empresa demandada, visible a folio 16 del archivo “5-. *ANEXOS.pdf*”.

Así las cosas, es evidente que tales funciones de carácter administrativo no requerían para su desarrollo, la ejecución de actividad física, como el levantamiento de cargas pesadas o la realización de actividades repetitivas; pues a lo sumo, para la ejecución de la función de desvarar vehículos, según recordó el propio actor en el hecho No 07 de la demanda, contaba con el apoyo de técnicos especializados para ello.

De otra parte, si se compara dicha valoración de egreso con la que fue ordenada por la empresa demandada que se encuentra legible en el archivo “16- *DOCUMENTOS RECIBIDOS.pdf*”, se obtiene que los diagnósticos de: “*obesidad, no especificada*” y “*síndrome del túnel carpiano*” no fueron desconocidos, no obstante, se comprueba que tales patologías no afectaron consecuentemente las labores asignadas al trabajador, máxime que se indicaron las siguientes recomendaciones:

“solicitar en la EPS evaluación y plan de manejo de su alteración del peso por dietética y nutrición”

En conclusión, se reitera que sin desconocer la situación médica del actor, no aparece el nexo causal por el cual se determine que dicha circunstancia le impidiese el desenvolvimiento normal de las labores para las cuales se encontraba contratado por la compañía.

5. Si bien insiste la parte demandante que el empleador tenía pleno conocimiento de la situación de salud del trabajador, esa circunstancia es apenas uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para establecer que el despido fue discriminatorio; sin embargo, según se indicó en precedencia, al no acreditarse dentro del proceso la existencia de una deficiencia significativa de salud o el estado de debilidad manifiesta, no es preciso dar aplicación a la figura de la estabilidad laboral reforzada.
6. Manifestó la recurrente que obra dentro del plenario concepto desfavorable¹ del 08 de noviembre de 2017, esta Sala debe precisar que tal prueba no obra dentro del expediente, pues lo que se advierte en dicha data, es un registro médico en el que se autoriza el servicio de: “*consulta externa – fisiatría y rehabilitación – resultados*” (folios 41 y 42 del archivo “5-. ANEXOS.pdf”).
7. Frente a los testimonios, de los cuales afirma la parte demandante, que se dejaron de apreciar, se tiene que el *a-quo*, contrario a lo afirmado, efectuó pronunciamiento expreso, que lo condujo, en su convicción, a restarles valor probatorio.

Sobre este aspecto, recuerda esta Sala lo dispuesto por el artículo 61 del C.S. T. que regula la libre formación del convencimiento: “*El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. (...)*”,

1. En el recurso propuesto la apelante utilizó textualmente y de manera equivocada la expresión “concepto desfavorable”.

tópico sobre el que se precisó en sentencia SL 663-2022, Radicado 78770, MP Dra ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que:

“Es oportuno recordar que, sobre esta última norma, señaló esta Sala en la sentencia CSJ SL2885-2019 lo siguiente:

En este punto, la Corporación considera oportuno señalar que el Colegiado de instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, puede apreciar libremente las diferentes pruebas y fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables.

Entonces, para la Sala, no es atinado el ataque que por la vía directa se le hace a la sentencia del Tribunal, pues no se evidencia la infracción medio del mencionado artículo 225, que conduzca a la violación de las demás normas incluidas dentro de la proposición jurídica de este cargo.

(...)

Para el recurrente existió una falta de apreciación de esta prueba. Sin embargo, no es cierto que el Tribunal la haya ignorado, porque en su análisis del primer elemento del contrato, que valga decirlo, resultaba innecesario dada la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, invocó los testimonios de Jorge Santos Yoardo Ojeda, Rafael Charris Acosta y Paris Tercero Mejía Herrera, quienes manifestaron que conocían al demandante desde hacía más de 20 años, trabajando para el señor José Calasan Gutiérrez, como cobrador de los buses de su propiedad, incluso cuando la ruta intermunicipal estaba a cargo de la empresa Transalfa, que fue anterior a Cootransoriente.”

Acorde con lo anterior, no encuentra la Sala en el análisis probatorio efectuado por el *a-quo* un desatino en la valoración probatoria realizada sobre los testimonios rendidos, lo que se denota es que la parte apelante no coincide o, simplemente, no está de acuerdo con la misma.

En conclusión de todo lo reseñado, encuentra esta Sala que no se configuran los presupuestos necesarios para declarar que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación de la relación laboral, y por tanto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

6.4. Costas

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **EDWIN ALFONSO VILLALBA RICO** contra **GASEOSAS DE CÓRDOBA SAS**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

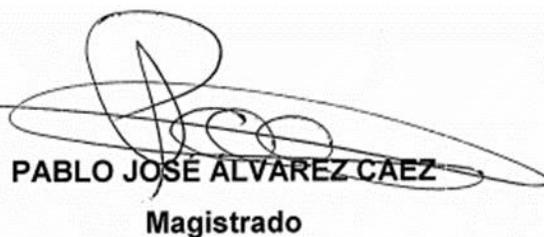
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2021-00298-01 FOLIO 395 – 23

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, con respecto a la sentencia proferida en audiencia del 01 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARMEN ALICIA PRETELT PERALTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **CARMEN ALICIA PRETELT PERALTA**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A y luego a Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A., y Protección S.A., trasladar todos los aportes a pensión junto con sus rendimientos y gastos de administración de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones y, asimismo, se condene a Colpensiones

recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades de Ultra y Extra Petita.

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

-Que fue afiliada al ISS hoy Colpensiones a partir del 23 de diciembre de 1992, hasta el 01 de febrero de 2006. Posterior a ello, se trasladó a Porvenir S.A., y luego a Protección S.A.

-Manifiesta que sus traslados se efectuaron sin ningún tipo de asesoría ni información acerca de los efectos que se produjeron con el cambio de régimen y que fue asaltada en su buena fe, por cuanto le indicaron que en el fondo privado se podía pensionar sin importar la edad y con mesadas superiores a las que le corresponderían en el ISS.

-Indica que Protección S.A., le negó trasladarla a Colpensiones, posterior a ello, presentó solicitud de traslado ante Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

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

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

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.*

2.3.3. PROTECCION propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.*

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

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

El Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que se encuentra acreditado que la señora Carmen Alicia Pretelt Peralta estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones, efectuando aportes desde el 23 de diciembre de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1994, de igual modo, se encuentra probado su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP ING, el cual se hizo efectivo el 01 de octubre de 1994 hasta el 30 de abril de 1995, posterior a ello, se encuentra evidenciado que la actora se trasladó a Protección S.A., con efectividad a partir del 01 de mayo de 1995 hasta el 30 de septiembre de 2001, seguidamente se trasladó a la AFP ING, con fecha de efectividad del 01 de octubre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2003, luego, efectuó su traslado a Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de noviembre de 2003 hasta el 31 de enero de 2006, posteriormente retornó a la AFP ING con fecha de efectividad del 01 de febrero de 2006 hasta el 30 de diciembre de 2012. Finalmente, por fusión de ING con Protección S.A., pasa la actora a ser su afiliada desde el 31 de diciembre de 2012 en la que permanece vinculada hasta la actualidad.

Manifiesta que para efectos del traslado era necesaria la suficiente información, pues se ha dispuesto que la afiliación debe estar rodeada de una voluntariedad,

quitándole eficacia a aquellas que no se realicen de manera libre y voluntaria. En efecto, soportados en las documentales adosadas al plenario y pese a que dicha voluntad fue libre, se puede corroborar que no fue debidamente informada, conforme a los derroteros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por lo tanto, el afiliado no pudo adoptar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

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

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

Así las cosas, concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que el fondo Protección S.A., debe realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia,

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones. Así también, Porvenir S.A., de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propios recursos, todo ello debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos con destino a Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, declara no probadas las excepciones propuestas por las accionadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A, y Protección S.A.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

3.1. Apelación de COLPENSIONES

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

Asimismo, manifiesta que las Administradoras de los fondos privados a las cuales se ha afiliado la demandante, incurrieron en una omisión de la información, entonces, es por ello que dichas administradoras deberán ser las que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello deban asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, toda vez que como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y por ende no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la actora pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus respectivas indexaciones.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y, además, el interés de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o una causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

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

3.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Aduce que, en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración no debe perderse de vista que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece. Dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP.

Manifiesta que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, al ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configuraría en un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución,

pues en el artículo 113 Literal B de la Ley 100 de 1993, se establecen cuáles son los rendimientos que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, por lo que se torna evidente que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual.

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

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante por conducto de su apoderado judicial intervino dentro del término legal concedido, solicitando se confirme el fallo proferido por el *a-quo*.

Las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., por conducto de sus apoderados judiciales, presentaron alegatos de conclusión dentro del término, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 01 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, y se absuelvan de las pretensiones.

De otra parte, la accionada Protección S.A., no intervino en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si existe nulidad y/o ineficacia del traslado que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinar las consecuencias y efectos frente a los accionados. *(iii)* si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción.

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional

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

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes enunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA:

*“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**. De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”*

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

[...].

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega. Sobre este tópico se precisó en la sentencia SL-4803-2021:

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

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

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

		<i>sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que los fondos accionados Porvenir S.A., y Protección S.A., hayan cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados, y en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por lo tanto, ha de concluirse que las accionadas no cumplieron con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de

afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

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

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

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima

media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

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

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

6.2.3. Ahora bien, respecto a la inconformidad de Porvenir S.A., con relación a la devolución de la prima de seguros previsionales, advierte esta Sala que, de acuerdo con lo arriba reseñado por la jurisprudencia de la Corte, en efecto procede la devolución del valor de la citada prima al régimen de prima media, por cuanto con ella se buscaba proteger y garantizar el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, y en tal sentido, esos recursos se encontraban destinados a financiar la prestación pensional de la actora, por lo que se deberá efectuar su devolución.

6.3. COSTAS

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

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal*

que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).” Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., será confirmada.

Ahora bien, respecto a esta instancia, sostiene la Sala que las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones cuyo resultado les fue desfavorable, así como el recurso de alzada igualmente les fue adverso y hubo replica por parte de la demandante, lo cual es suficiente fundamento para imponer condena en costas en esta instancia a su cargo.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada del 01 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las apelantes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA

Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ

Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2023-00144-01 FOLIO 402 – 23

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, con respecto a la sentencia proferida en audiencia del 30 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JUAN MANUEL ARZUZA ROA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **JUAN MANUEL ARZUZA ROA**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A., trasladar todos los aportes a pensión junto con sus rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así también, de manera

subsidiaria, en el evento en que las anteriores pretensiones no sean estimadas por el Juzgado, se ordene a Colpensiones y Porvenir S.A., indemnizar el daño emergente y el lucro cesante generado, y el valor que le hubiese correspondido con su estatus de pensionado en el respectivo fondo de prima media con prestación definida. Por último, la indexación de las condenas, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades de Ultra y Extra Petita.

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

-Que nació el 03 de noviembre de 1958 y estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones a partir del 15 de marzo de 1990. Posterior a ello, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 27 de enero de 1997.

-Manifiesta que sus traslados se efectuaron sin ningún tipo de asesoría, ni información acerca de la diferencia de los regímenes y mucho menos los beneficios que conllevaban estos, tampoco acerca de los aportes voluntarios que debía realizar y los niveles de riesgos que implicaban.

-El 27 de abril de 2023, Colpensiones le informa que no era procedente dar trámite a la solicitud de traslado de Régimen que solicitó, *“por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse”*, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

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

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

prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora Colombiana de pensiones y genérica.

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y compensación.*

2.3.3. 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

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

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

Así las cosas, concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, el demandante debe ser recibido como afiliado a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que el fondo Porvenir S.A., debe realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación del actor, tales como: cotizaciones, bonos

pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones.

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

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

Asimismo, manifiesta que la Administradora del fondo privado a la cual se encuentra afiliado el demandante, deberá soportar las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, toda vez que como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y por ende no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por el actor pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus respectivas indexaciones.

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

Aunado lo anterior, las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C – 789 de 2002 y C596 de 2007, son claras en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados en el RPM, toda vez que si se llegare a dar ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Manifiesta que cumplió con el deber de información, aunado a ello, aduce que, en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, no debe perderse de vista que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece. Dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP.

Aduce que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, y en consideración a que la

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

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante por conducto de su apoderado judicial intervino dentro del término legal concedido, solicitando se confirme el fallo proferido por el *a-quo*.

Las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., por conducto de sus apoderados judiciales, presentaron alegatos de conclusión dentro del término, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 30 de agosto de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, y se absuelvan de las pretensiones.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por resolver

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

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional

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

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes enunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA:

*“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**. De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

[...].

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

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

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega. Sobre este tópico se precisó en la sentencia SL-4803-2021:

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información,</i>	<i>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado</i>

<i>asesoría y buen consejo</i>	<i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz al demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados, y en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR S.A., demostrar que al momento del traslado del actor, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por lo tanto, ha de concluirse que las accionadas no cumplieron con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de

menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.3. Ahora bien, respecto a la inconformidad de Porvenir S.A., con relación a la devolución de la prima de seguros previsionales, advierte esta Sala que, de acuerdo con lo arriba reseñado por la jurisprudencia de la Corte, en efecto procede la devolución del valor de la citada prima al régimen de prima media, por cuanto con ella se buscaba proteger y garantizar el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, y en tal sentido, esos recursos se encontraban destinados a financiar la prestación pensional de la actora, por lo que se deberá efectuar su devolución.

6.3. COSTAS

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

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H.

Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., será confirmada.

Ahora bien, respecto a esta instancia, sostiene la Sala que las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones cuyo resultado les fue desfavorable, así como el recurso de alzada igualmente les fue adverso y hubo replica por parte de la demandante, lo cual es suficiente fundamento para imponer condena en costas en esta instancia a su cargo.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada del 30 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las apelantes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA

Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ

Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2023-00061-01 FOLIO 409 – 23

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES como su grado jurisdiccional de consulta, respecto a la sentencia proferida en audiencia del 17 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARMEN STELLA LARA FLOREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **CARMEN STELLA LARA FLOREZ**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A., trasladar todos los aportes a pensión junto con sus rendimientos y bonos pensionales con todos sus frutos e intereses al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra Colpensiones y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, costas y agencias en derecho, y se falle bajo las facultades Ultra y Extra Petita.

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

-Nació el 02 de septiembre de 1961 y estuvo vinculada al ISS hoy Colpensiones a partir del 01 de abril de 1979. Posterior a ello, se trasladó a Protección S.A., el 30 de agosto de 1994.

-Manifiesta que desconocía que dicha afiliación y traslado a Protección S.A., implicaba un cambio de régimen pensional. Aunado a ello, refiere que firmó el respectivo formulario de traslado por requerimiento de su jefe y que al momento del traslado de régimen no recibió ninguna orientación o asesoría respecto de las ventajas y desventajas, consecuencias o tiempo de cotización que se exigía para obtener la pensión y sus posibilidades acorde a su proyección laboral.

-Aduce que presentó solicitud de traslado a Colpensiones, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

2.3. Contestación y tramite

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

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

2.3.2. PROTECCION propuso las excepciones de *ausencia de vicio de nulidad en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica.*

2.3.3. 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

El Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que se encuentra acreditado que la señora Carmen Stella Lara Flórez estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, efectuando aportes de calenda 01 de abril de 1979 hasta el 30 de agosto de 1994, por otro lado, se encontró probado en el plenario que efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por Protección S.A., efectivo el 01 de septiembre de 1994 y al cual permanece afiliada.

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

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

Así las cosas, concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica

que el fondo Protección S.A., debe realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente actualizados e indexados, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, declara no probadas las excepciones propuestas por las accionadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones y Protección S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

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

Asimismo, manifiesta que la Administradora del fondo privado a la cual se encuentra afiliada la demandante, deberá soportar las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, toda vez que como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y por ende no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la actora pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus respectivas indexaciones.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y, además, el

interés de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o una causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, siendo un tercero ajeno que no participó en el negocio jurídico y, por lo tanto, no debe verse afectado con la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la accionada Protección S.A. no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

De otra parte, la accionada Colpensiones por conducto de su apoderado judicial presentó alegatos de conclusión dentro del término, reiterando lo esbozado en la contestación de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 17 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, y se absuelvan de las pretensiones.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por resolver

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

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional

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

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes enunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA:

*“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**. De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra especial relevancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las

características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo consentimiento libre y voluntario.

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

[...].

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

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

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de

expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega. Sobre este tópico se precisó en la sentencia SL-4803-2021:

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

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

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

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Protección S.A., haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados, y en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por lo tanto, ha de concluirse que las accionadas no cumplieron con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

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

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

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

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

Proponen las accionadas la excepción de prescripción que reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por

dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otras, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada del 17 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2021-00078-01 FOLIO 413-22

MONTERÍA, CATORCE (14) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

Decide el Tribunal lo que en derecho corresponda sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia proferida en audiencia del 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral que promoviera contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se declare la nulidad de afiliación al programa de BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS (BEPS).

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante el valor de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez con el tiempo referido en su historial laboral debidamente actualizado.

1.2. Hechos

Relató la parte actora que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, régimen al que siempre ha cotizado.

Manifestó que el 19 de mayo de 2020 fue informada por agentes de Colpensiones de la existencia del programa BEPS -administrado por dicha entidad-, también que le fue señalado que si realizaba el traslado a este último recibiría de forma mensual una rentabilidad económica.

Refirió que dentro de la información suministrada no se le advirtió las consecuencias, monto a cancelar, ni periodos en los cuales cancelaría.

Finalmente, señaló que en razón de la información suministrada por los agentes de COLPENSIONES firmó un acta de solicitud de vinculación al programa BEPS, afiliación que se hizo efectiva el 28 de julio de 2020.

2. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

2.1. Admitida la demanda, y notificada en legal forma, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda toda vez que argumenta que entre las partes vinculadas al proceso (demandante y demandada) existe un contrato que cumple con cada uno de los requisito generales para ser reconocido como tal (art 1495 C.C), de igual forma señaló que la relación contractual está ajustada a los lineamientos legales por lo que considera que no existe motivo alguno para declarar la nulidad de la afiliación y traslado al programa BEPS.

En lo que respecta a los hechos, la entidad demandada aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 3, 6, 9, 10, 14, y el resto los consideró como no ciertos. Finalmente, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción.

3. LA SENTENCIA APELADA

Señala el a-quo que revisadas las pruebas anexadas al expediente se evidenció que:

1. La señora María Alba Durango Villadiego el 11/03/2020 presentó solicitud ante Colpensiones para el pago y reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, petición radicada bajo el número 20203391075.
2. Mediante radicación 20203396 la demandante solicitó el traslado de las cotizaciones del programa subsidio aporte pensión (PSAP) al programa de beneficios económicos (BEPS).
3. En comunicado del 19/05/2020 Colpensiones dio respuesta a la solicitud de traslado de recursos del PSAP a BEPS.
4. En comunicación VBEPS2021018 respuesta reconsideración BEPS con destino a anualidad vitalicia Colpensiones relacionó semanas cotizadas, aportes a PSAP, subsidio a trasladar de PSAP a BEPS, rentabilidad de aportes, rentabilidad del subsidio a trasladar, valor total del traslado.
5. En comunicación radicada bajo el número GRI20200101013 del 28/07/2020 Colpensiones comunicó a la demandante que de no estar de acuerdo con alguno de los anteriores términos podría manifestarlo por medio de una solicitud de reconsideración.
6. Según comunicación 202033966948 de fecha 19/05/2020, Colpensiones informó a la accionante del traslado a su cuenta individual BEPS los recursos correspondientes a las cotizaciones que realizó a través del programa PSAP.
7. Mediante resolución SUB116759 del 29/05/2020 Colpensiones reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por una sola vez a favor de la demandante.
8. Según comunicación BEPS2021018 de fecha 22/02/2022 Colpensiones en respuesta a la demandante, le informó que de acuerdo con la información reportada por la aseguradora Positiva se encontraba que se habían realizado los cobros de cada uno de los beneficios económicos periódicos que le habían sido girados hasta el momento a la señora María Alba Durango Villadiego.

De otra parte, indicó que según la información que reposa en el expediente los pagos de los beneficios económicos periódicos se realizaron en nómina septiembre y noviembre, cobrados por ventanilla en fechas 11/09/2020 y 11/11/2020 pero desconocidos por la demandante. Así mismo, expone el despacho que, en razón de lo señalado en precedencia, no es de recibo que la afiliación de la accionante al programa BEPS estuvo revestida de vicios que la indujeron a realizar la afiliación, ni que se haya vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social en la negativa de reconocerle la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pues de los documentos recopilados se infiere que todos los trámites que anuncia el artículo 2.2.12.7.3 del Decreto 1833 de 2016, por medio del cual se establecieron las reglas aplicables entre el sistema general de pensiones y el mecanismo BEPS fueron realizados.

Manifestó en ese mismo orden que la norma es clara al indicar que el interesado podrá manifestar decisión de retracto en los términos del artículo 2.2.14.1.16 del decreto 1833 de 2016, de manera que desde que la demandante recibió la asesoría por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y aceptó de forma voluntaria la vinculación al programa BEPS el 2020/03/11 y con posterioridad, el 07/07/2020 solicitó de forma libre su anualidad vitalicia de BEPS, tenía hasta el 14 de julio de la misma anualidad para manifestar su retracto respecto de la afiliación. De igual forma señala los pagos recibidos en septiembre y noviembre de 2020, sin que hayan sido desconocidos estos por la actora hasta el momento.

Consideró que, teniendo que la demandante fue enterada y tuvo pleno conocimiento sobre los beneficios y consecuencias que se derivaban de la afiliación al programa BEPS y consintiendo de igual forma la filiación, pretender que se deje esta sin efectos resulta contrario a las manifestaciones y actuaciones que ha tenido frente a ello. Por lo anterior tiene como improcedente lo reclamado por la demandante. Expone de igual forma el *a-quo* que los medios probatorios son suficientes para determinar que las pretensiones incoadas atinentes a la nulidad de la afiliación de la demandante al programa BEPS administrado por Colpensiones, no tiene vocación de prosperidad, en tanto carecen de fundamento para edificar un derecho que además fue definido, en cuanto al traslado de saldos, en resolución que adquirió la correspondiente ejecutoria constituyendo acto administrativo legal, auténtico y vigente.

Finalmente, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la parte actora, condenando en costas a la parte demandante.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior Sentencia, indicando que si bien la demandante recibió dos (2) pagos del programa BEPS estos no fueron acordes a lo indicado por los asesores de Colpensiones a la señora MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO, lo que condujo a la accionante a manifestar su deseo de retirarse del programa.

Así mismo, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la inexistencia de las consecuencias pensionales en contra del afiliado por lo que la carga de la prueba debe trasladarse a la administradora de pensiones Colpensiones. De igual forma manifiesta que si bien existe una documentación suscrita por la demandante, en la misma no se establece el monto a recibir ni la frecuencia del pago, sin embargo, los asesores del programa BEPS le informaron a la demandante que estos se realizarían en forma mensual y no de forma periódica como en realidad aconteció. Resalta el apoderado que en esta situación, la demandada estaría incurriendo en una falsedad y, en consecuencia, la manifestación de voluntad de la demandante no sería libre, ni voluntaria.

Por último, presentó reparo frente a la condena en costas indicando que teniendo en cuenta la cuantía del proceso, la indemnización perseguida, así como la condición socioeconómica de la demandante, estas costas procesales se contemplan exageradas y por tanto pide sean revocadas.

5. TRÁMITE

Mediante auto adiado el 19 de diciembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia y se corrió traslado a las partes para alegar en esta instancia.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida la parte demandada manifestó estar en conformidad con el fallo proferido en primera instancia, en ese mismo sentido solicitó que se confirme la decisión emitida en la audiencia del 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Presupuestos procesales

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

7.2. Problema Jurídico

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

Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se centra en determinar: i) si recae sobre Colpensiones la obligación de probar que la información ofrecida a la actora fue precisa, detallada y ajustada a la realidad del mecanismo BEPS, ii) si incurrió en falsedad la administradora Colombia de pensiones Colpensiones al no ofrecer a la demandante información precisa y detallada correspondiente a la realidad del mecanismo BEPS, sus beneficios y riesgos, y por último iii) si hubo un exceso por parte del a-quo al momento de condenar en costas.

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario señalar en primer lugar que el Decreto 1833 de 2016 en su artículo 2.2.13.1.2. establece la definición de los BEPS, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.13.1.2. Definición. Los Beneficios Económicos Periódicos son un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los servicios sociales complementarios y que se integra al sistema de protección a la vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual.”

Ahora bien, en lo que respecta al PSAP se debe tener en consideración que el artículo 2.2.14.5.4. de la misma disposición, establece las condiciones para realizar el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión a BEPS, así:

“ARTÍCULO 2.2.14.5.4. Condiciones para el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión a BEPS. Las personas que han pertenecido o se encuentran como beneficiarias del PSAP podrán manifestar su voluntad de vincularse a BEPS y solicitar el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional a BEPS junto con los aportes realizados por el interesado durante el tiempo que fue beneficiario del subsidio al aporte, siempre y cuando los recursos no se hayan devuelto al citado Fondo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993, ni se haya otorgado y pagado la indemnización sustitutiva.”

Ahora, en el título XIII de la referida norma, (decreto 1833 de 2016), se establece la reglamentación de la operación y acceso del servicio social complementario de beneficios económicos (BEPS), definiendo a este como un mecanismo individual integrado al sistema de protección de la vejez por medio del cual se busca que las personas de escasos recursos que ingresen a este obtengan hasta su muerte un ingreso periódico; de igual forma, aunque se debe solicitar por parte del interesado el ingreso al programa, no es menos cierto que en el parágrafo 2 del artículo 2.2.13.2.1 en el capítulo 2 del precitado Decreto 1833, se fija que al momento de aceptar la solicitud de ingreso al servicio social complementario deberá la administradora del mecanismo

suministrar a la persona la información de manera **EXPRESA** y **DETALLADA** de todas las condiciones, reglas, beneficios, monto de incentivos y riesgos que voluntariamente asume al ingresar a este.

“CAPÍTULO 2. CONDICIONES DE ACCESO AL SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS

ARTÍCULO 2.2.13.2.1. Requisitos de ingreso. *Los requisitos para el ingreso al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS son:*

- 1. Ser ciudadano colombiano.*
- 2. Percibir ingresos inferiores a un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.*

PARÁGRAFO 1. *Al solicitar el ingreso, las personas tienen que presentar obligatoriamente la cédula de ciudadanía o deberán identificarse mediante los mecanismos electrónicos dispuestos ante la administradora del mecanismo o el tercero que esta contrate, en ambos casos Colpensiones deberá determinar la información mínima requerida que debe ser reportada por los aspirantes y el medio empleado para suministrarla y en un plazo que no exceda los diez (10) días hábiles deberá informar al interesado si fue aceptada o rechazada su solicitud de ingreso.*

PARÁGRAFO 2. *La administradora del mecanismo una vez acepte la solicitud de ingreso al servicio social complementario BEPS, les suministrará a las personas la información de manera expresa y detallada, de todas las condiciones, reglas, beneficios, monto de incentivos y riesgos que voluntariamente se asumen al ingresar a dicho mecanismo.”*

Teniendo en cuenta el deber de información que se encuentra contenido en el artículo anteriormente señalado, al igual el reparo estimado por la parte actora sobre el desconocimiento de la demandante de los riesgos inherentes a la afiliación al programa BEPS, así como la manifestación de la demandante de la falta de precisión de la administradora al momento de suministrar la información, y con el fin de

decantar la situación, sea menester señalar por parte de esta colegiatura que, siendo Colpensiones la administradora del programa de beneficios económicos periódicos (BEPS) y a quien se le impone la obligación de información, tal como reza el Decreto 1833 de 2016, deberá ser esta quien mediante prueba acredite que cumplió con este deber.

Sobre este particular, cabe rememorar lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil:

“(...) la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)”

Para el caso concreto, observa esta Sala que según prueba aportada al expediente en folio 2 al 3 del archivo “10.EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.pdf” existe un formulario de vinculación al programa BEPS de fecha 11/03/2020 el cual se encuentra radiado bajo número 2020_3392274, documento por medio del cual la señora MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO con firma y huella acepta la vinculación a BEPS; en folio 70 al 71 se anexó formulario de solicitud de traslado de cotizaciones del programa subsidio aporte en pensiones (PSAP) a BEPS, documento radicado bajo número 2020_3396948 que cuenta con la firma de la afiliada; así mismo, en folio número 65 a 69 se adjunta la simulación de posibilidad de pensión como parte de la asesoría integral a la que está obligada a proporcionar la administradora del programa de beneficios económicos periódicos, en este mismo documento se encuentra de manera clara, detallada y expresa la cifra aproximada del beneficio económico periódico a recibir por parte de la afiliada incluyendo el valor aproximado del traslado de recurso de la fuente de financiación PSAP y como cierre de la asesoría se incluye un cuestionario sobre la claridad, conocimiento, información y comprensión de la afiliación al igual que del traslado de saldos, cuestionario que fue respondido de manera positiva y finalmente firmado por la afiliada. reposando al pie de este documento la firma correspondiente a la señora MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO.

Sobre la asesoría integral que debe brindar la administradora fiduciaria del fondo BEPS, indica el parágrafo dos del artículo 2.2.14.5.5 del Decreto 1833 de 2016:

“ARTÍCULO 2.2.14.5.5. Trámite para el traslado del Subsidio de Aporte para Pensión a BEPS.

La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) verificará, de acuerdo con las certificaciones de que trata el artículo anterior, que éste no tenga la posibilidad de hacerse acreedor al reconocimiento de la pensión de vejez, que no se hayan devuelto los recursos por concepto de subsidios al Fondo de Solidaridad Pensional ni se haya reconocido y pagado indemnización sustitutiva; de ser así, validará el cumplimiento de requisitos de que trata el artículo 2.2.14.5.3. del presente capítulo e informará al administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional acerca de la solicitud de traslado.

El administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional verificará con las bases de datos de beneficiarios los subsidios otorgados por dicho Fondo al interesado, así como el valor de los mismos y emitirá una certificación con destino a Colpensiones, para que esta última confronte la información suministrada con la historia laboral del aspirante. De no existir inconsistencias Colpensiones informará al interesado su aceptación de traslado del Subsidio de Aporte para Pensión con destino a BEPS, precisando tanto el valor del subsidio como de los rendimientos a trasladar.

Caso contrario se debe realizar la verificación de la información entre el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para aclarar cualquier inconsistencia.

PARÁGRAFO 1. La administradora del mecanismo BEPS, una vez acepte la vinculación y la solicitud de traslado del Subsidio de Aporte para Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional al Servicio Social Complementario de los BEPS, les suministrará a las personas la información de manera expresa y detallada, de todas las condiciones, reglas, beneficios, monto de los incentivos y riesgos que voluntariamente asumen al ingresar a dicho mecanismo.

El interesado podrá manifestar su decisión de retracto en los términos del artículo 2.2.14.1.16. de este decreto a partir de que le sea informada su aceptación de vinculación, si a ello hubiere lugar. Superado este plazo y de no hacer uso del retracto, la persona queda automáticamente retirada del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión. En este evento, la Administradora del Régimen de Prima

Media trasladará a BEPS el monto de los aportes que haya realizado el beneficiario del Subsidio al Aporte para Pensión.

El administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional, al momento del retiro automático del Programa de Subsidio al Aporte para Pensión, revisará los subsidios que se hubieren causado por las personas que voluntariamente se trasladan a BEPS y efectuará el giro correspondiente, si a ello hubiere lugar.

Si el interesado hace uso del retracto y cumple los requisitos para continuar como beneficiario del Subsidio al Aporte para Pensión, podrá continuar recibiendo este beneficio.”

De conformidad con la anterior regulación normativa y conforme a las pruebas citadas, y que obran en el expediente, considera esta Sala que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a lo largo de la litis pudo probar que la señora MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO, hoy afiliada al programa de beneficios económicos BEPS tuvo asesoría completa y detallada, en los precisos términos establecidos en el Decreto 1833 de 2016; así mismo, que además de ser enterada y tener pleno conocimiento de los beneficios y consecuencias derivados de su afiliación fue aceptado y respaldado por su firma y huella en los múltiples documentos que dan cuenta de ello. Adicionalmente, cabe resaltar que dichos formatos a más de dar demostrar el conocimiento de la afiliación y el traslado de saldos entre programas, incorporan un cuestionario específico de lo informado y relacionado dentro de las asesorías a la beneficiaria, contando todos los formatos con la aprobación de la hoy accionante.

Por todo lo expresado y analizado estima este cuerpo Colegiado que Colpensiones cumplió con la carga de la prueba que recaía sobre ella y que, adicionalmente, los medios de prueba aportados son suficientes para estimar que la administradora de pensiones atendió adecuadamente la carga impuesta en el Decreto 1833 de 2016 en donde se incorpora el deber de información al momento de realizar la afiliación al fondo BEPS y, que por consiguiente, no incurrió en falsedad alguna que llevara a la afiliada a tener una noción que no se ajustara a la realidad del trámite y la vinculación que realizó.

Frente a la condena en costas, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL5556-2021, Radicación n.º80469, donde señaló que *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra la demandada será confirmada.

Ahora bien, en lo que se refiere al reparo frente al monto condenado a pagar, se observa que tal situación no puede ser discutida en esta instancia comoquiera que el recurrente cuenta con la oportunidad para atacar dicho valor en el auto que liquida las costas procesales.

En razón a lo anterior, la decisión adoptada será confirmada como se explicó con anterioridad.

8. COSTAS

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral que promoviera **MARÍA ALBA DURANGO VILLADIEGO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL N°. 23-001-31-05-003-2021-00078-01 FOLIO 413-22.**

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

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2022-00127-01 FOLIO 424-2022

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el gestor judicial de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MIGUEL ANGEL GAMBIN PETRO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

2. ANTECEDENTES

2.1 Demanda

Pretende la parte actora se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con inclusión de todas las semanas cotizadas e IBL actualizado, prestación económica que es compatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, solicitó el pago de la prestación económica junto con la indexación de las sumas obtenidas, la aplicación de las facultades de Ultra y Extra petita; y la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la parte demandada.

Como fundamento de las pretensiones, expone los siguientes hechos sintetizados así:

Nació el día 28 de septiembre de 1955 y laboró con instituciones educativas privadas y públicas, entre ellas el Colegio Comfactor y la Universidad de Córdoba en Montería, cotizando así un total de 983 semanas en el ISS hoy Colpensiones.

Laboró como docente oficial al servicio del Magisterio en el municipio de Montería con afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del cual le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011.

Afirmó que se encuentra en la imposibilidad de seguir cotizando al RPM por lo que presentó solicitud el día 27 de enero de 2022 a Colpensiones con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; sin embargo, la prestación económica fue negada por la demandada mediante la Resolución SUB 119525 del 03 de mayo de 2022.

Finalmente, señaló que agotado el trámite administrativo recurrió a la instancia judicial a fin de obtener el pago de sus pretensiones.

2.2. Contestación y trámite

2.2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso como excepciones de fondo las de: inexistencia del derecho reclamado, la innominada o genérica, buena fe y prescripción.

Como argumentos de defensa, indicó que en la actualidad el actor es beneficiario de una pensión de vejez que fue reconocida por la Secretaría de Educación de Montería mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011 que fue pagada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señaló que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encuentra expresamente

prohibida la doble percepción de mesada pensional, cuando se trata de cubrir la misma contingencia o riesgo, como es el caso de la vejez, razón por la que no es posible ser afiliado y pensionado al mismo tiempo al Sistema de Seguridad Social Integral.

Finalmente, se opuso a todas las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que al no ser viables las pretensiones de la demanda debe entonces absolverse a la entidad sobre toda condena.

2.2.3. La parte demandante presentó escrito de reforma de la demanda inicial en el que realizó una precisión frente al hecho No. 2, indicando que fue vinculado para la Universidad de Córdoba como catedrático en el área de español y literatura por prestación de servicios. Adicionalmente, aportó un certificado emitido por dicha corporación educativa en el que se refleja la fecha de inicio, culminación, vinculación, cargo e intensidad horaria.

2.2.4. Mediante memorial de fecha 21 de julio de 2022, la demandada presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda, en la que señaló que el actor cuenta con un total de 983 semanas de cotización y que si bien adjuntó constancia laboral expedida por la Universidad de Córdoba en la que se constata su vinculación a esa entidad, lo cierto es que no se evidenció prueba en el plenario que demostrara que laboró en las demás instituciones que manifestó.

2.2.5. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del C.P.T. y de la S.S. se surtieron de forma legal, siendo que, en esta última se profirió;

3. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el a-quo declaró que la pensión que recibe el actor por parte de la Secretaría de Educación Municipal es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Por lo tanto, ordenó a la entidad demandada a realizar el pago de la prestación económica que a la fecha de la sentencia arrojó un monto de \$ 62.566.534, suma que deberá ser indexada a la fecha en que se verifique el pago total de lo adeudado,

tomando para tal efecto como IPC inicial el correspondiente a septiembre de 2022. Adicionalmente, ordenó el pago de costas procesales a cargo de Colpensiones.

Como fundamento jurídico el juez de instancia, indicó que el actor efectuó cotizaciones en pensiones entre el 18 de marzo de 1987 al 30 de septiembre de 2022 y afirmó que es procedente reconocer la pretensión del actor dada la compatibilidad existente entre la pensión reconocida al demandante y la solicitada en el proceso. Sobre la compatibilidad indicó que dicho criterio de vieja data ha sido aclarado por la Corte Suprema de Justicia, señalando que los docentes oficiales pueden cotizar al sector privado y recibir las prestaciones una vez cumplan los requisitos al régimen al cual se encuentran afiliados.

Aclaró que el accionante cumple con los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por lo que al realizar la liquidación se encuentra que la prestación económica asciende a la suma de \$ 62.566.533,63 a la cual tiene derecho el actor.

Finalmente, indicó que no prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada y condenó en costas a Colpensiones.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Muestra su inconformidad el apoderado judicial de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al señalar a modo de reiteración la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida al actor mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011 emitida por la Secretaría de Educación – Alcaldía de Montería.

Al respecto, manifestó que el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 dispone que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Razón por la que, si el actor adquirió el estatus de pensionado el 29 de septiembre de 2010, esto es, en una data posterior a la norma señalada por lo que

ambas prestaciones económicas resultan incompatibles.

Declaró que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentra prohibida la doble percepción de la mesada pensional cuando se trata de cubrir la misma contingencia o riesgo, como en este caso la vejez.

En lo referente a la condena en costas, sostuvo que su inconformidad radica en que la entidad demandada actuó sin temeridad y bajo el principio de buena fe; y, conforme con el artículo 365 del CGP se establece que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, situación que resulta improcedente comoquiera que la parte demandante no acreditó el gasto en que incurrió.

Finalmente, solicitó al Tribunal revocar la sentencia proferida, negar las pretensiones de la demanda y absolver a la entidad demandada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Mediante proveído del 19 de diciembre de 2022, se le corrió traslado a las partes para alegar por escrito, del cual la parte demandada allegó escrito de fecha 16 de enero de 2023 en el que alegó de conclusión reiterando los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.2. Dentro del término legal dispuesto para ello, la parte demandante presentó escrito de fecha 24 de enero de 2023 referente a los alegatos de conclusión, en el que manifestó que los fundamentos existentes sobre la compatibilidad pensional en criterio de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia. En definitiva, solicitó la confirmación de la sentencia en su totalidad que fue emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación; sin embargo, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, es procedente estudiarla en el grado jurisdiccional de consulta, en lo decidido en contra de COLPENSIONES y que no haya sido motivo de apelación.

Así las cosas, el problema jurídico a resolver se encuentra determinado en dilucidar: *i*) Si erro el *a-quo* al considerar que existe compatibilidad pensional entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida al actor mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011 emitida por la Secretaría de Educación – Alcaldía de Montería. En caso de salir avante lo anterior, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta se verificará *ii*) Si la liquidación emitida por el juez de instancia sobre la prestación económica corresponde a derecho. Finalmente, se estudiará *iii*) Si es procedente o no la condena en costas a cargo de la demandada Colpensiones.

6.2.1. Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se debe señalar que no es objeto de controversia por las partes que el demandante MIGUEL ANGEL GAMBIN PETRO se encontró afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y quien además le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011 por parte de la Secretaría de Educación de Montería.

Así mismo, tampoco se encuentra en discusión que solicitó ante la demandada mediante petición de fecha 27 de enero de 2022 la prestación económica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada a través de la Resolución No. SUB 119525 del 03 de mayo de 2022.

6.2.2. Compatibilidad de la pensión de vejez con pensión de jubilación

Conforme se observa en el plenario, al actor mediante la Resolución No. 0447 del 04 de abril de 2011 le fue reconocida por parte de la Secretaría de Educación de Montería pensión vitalicia de jubilación según la documental visible a folios 24 y 25 del archivo digital “02Demanda20220518.pdf”,

Ahora bien, reposa dentro del plenario relación de semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES, de la cual se desprende que el actor realizó aportes para pensión en el régimen de prima media, desde el 18 de marzo de 1987 hasta el 31 de agosto de 2022 según el archivo No. “16AportaHistoriaLaboral20221013.pdf” adjunto al expediente digital.

Salta a la vista que durante toda su vida laboral el accionante prestó servicios en calidad de funcionario público (docente), no obstante, la administradora accionada concluye que las remuneraciones y prestaciones reconocidas emanan del Tesoro Público y por tanto no es posible reconocer la pensión de vejez que hoy reclama de ella, por lo que se torna imperioso citar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que prevé:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles

con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-461](#) de 1995)

Sobre el tema de la compatibilidad de la pensión de docentes, generada por servicios en el sector público con aquella surgida por servicios al sector privado, se ha pronunciado en forma reiterativa la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL 2649 del 1° de julio de 2020, Rad. 76797, MP Dr Jorge Luis Quiroz Alemán, precisando que:

“Con respecto a la primera cuestión esbozada, contrario a lo argüido por la censura, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al tener el estatus de docente oficial y encontrarse excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL451-2013, en la que adocrinó:

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar

sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

De igual forma en sentencia SL2118 del 18 de mayo de 2021 Rad 83776 proferida por la misma Corporación arriba aludida, Sala de Descongestión N°2, MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, argumentó:

“En atención a lo anterior, el demandante, como docente oficial, por estar excluido del sistema integral de seguridad social, le era válido adquirir una pensión oficial por prestar sus servicios en centros educativos de ese sector, como dio cuenta al ad quem y no se discute en el cargo.

También podía, como en efecto ocurrió, por así dejarlo sentado la decisión recriminada, y no se cuestionó, ejercer labores en instituciones privadas, para financiar una posible pensión de vejez en el ISS hoy Colpensiones.

Posibilidad, prevista en el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que enseña, que las personas afiliadas o que deban hacerlo en el futuro al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y que adicionalmente perciban remuneraciones del sector privado, tiene derecho a que la totalidad de sus aportes y descuentos para pensiones se gestionen por esa entidad, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual; de ahí, que si se labora a favor de entidades privadas, pueden seleccionarse estas últimas, para realizar cotizaciones, lo que genera el efecto que, al cumplimiento de las exigencias previstas en el régimen que eligió, pueda acceder a las prestaciones allí dispuestas.

En ese mismo sentido planteó la Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral de esta Corporación, en sentencia del 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.002.2017-00044-01 FOLIO 377-2017, que:

“La actora es beneficiaria de una pensión procedente de su calidad de docente, así entonces nótese que en la Resolución No. GNR 26817 de septiembre 8 de 2016, COLPENSIONES negó el derecho pensional invocado la incompatibilidad pensional entre la pensión otorgada por el magisterio y las pensiones o indemnizaciones del sistema general de pensiones, pero

no comparte esta sala lo planteado por la administradora de pensiones en la citada resolución y en lo esbozado por el vocero judicial en la alzada, dado que de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha expresado que nada impide que el afiliado del ISS hoy COLPENSIONES pueda acceder a la pensión de vejez aun cuando devengue pensión de jubilación oficial, pues las razones que justifican su origen y causa son diferentes, además provienen de rubros distintos de ahí que no se vulnere lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, por ende no es factible que las administradoras de pensión nieguen con el aludido argumento, reconocimiento de una pensión debidamente constituida y en este caso la indemnización sustitutiva de vejez, de esto es pertinente la sentencia de la CSJ SL-451 de 2013, radicación 41001 proferida el 17 de julio del año 2013.

Así las cosas, es claro que el demandante devengue una pensión proveniente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la cual proviene de un rubro totalmente distinto a aquello que se devenga en virtud de los aportes efectuados a COLPENSIONES por ende es factible que una vez suplidos los requisitos pueda acceder al derecho pensional del Sistema General del Pensiones administrado por COLPENSIONES”.

Como quiera que está debidamente acreditado con el acto administrativo por medio del cual se le reconoció pensión de jubilación al demandante por la Secretaría de Educación Municipal de Montería, que tuvo su origen en su condición de docente del sector público al servicio del Municipio de Montería, mientras que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada ante Colpensiones surge de los servicios prestados a diferentes instituciones bajo asignaciones realizadas al RPM que no provienen del tesoro público, no resultan incompatibles las referidas prestaciones como lo anuncia la administradora demandada.

6.2.3. De la liquidación de la prestación económica

Establecidos los anteriores supuestos, se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el cual reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado

el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Por manera que, habiendo cumplido los requisitos mencionados, tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica y siendo este el punto de controversia entre las partes, es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

“ARTICULO 3-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Así, este despacho entrará a determinar si en efecto la demandada tiene derecho o no a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; y en caso de ser así, se verificará si tal suma corresponde a la determinada por el *a-quo* en la decisión de primera instancia.

Lo primero que se ha de advertir, es que verificado el plenario se encuentra que la última actualización de la historia laboral del actor se efectuó el 11 de octubre de 2022 según se desprende de los (folios 01 a 19 del archivo “16AportaHistoriaLaboral20221013.pdf” correspondiente al expediente digital). Razón por la cual, será dicha historial laboral la que se tomará en cuenta a efectos de realizar el estudio de la liquidación objeto del presente litigio. Bajo ese tenor, según se evidencia de dicha documental el actor reúne un total de 1056,86 semanas cotizadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo previsto en el reseñado artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, se procedió a realizar la liquidación correspondiente, encontrado una diferencia entre el valor reconocido por el *a-quo* y la suma arrojada en la liquidación elaborada por el grupo liquidador con el que cuenta la Rama Judicial. Así mismo, se deja constancia que tal liquidación hace parte integrante de esta Sentencia.

De lo anterior, en tanto que el Ingreso Base de Liquidación corresponde a la suma de \$487.450.554, conforme al total del Ingreso acumulado anual debidamente indexado,

que al dividirlo por el total de días laborados, que corresponden a 7.442 días y multiplicado por 7, arroja un Ingreso Semanal Promedio de \$458.500,81, que multiplicado por las semanas cotizadas, que corresponden a 1.063,14 y el promedio ponderado de porcentajes, que corresponde al 12.76%; arroja un total por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **\$ 62.198.691**.

De manera que, esta Sala encuentra que existe una diferencia entre lo reconocido por el juez de instancia por valor de \$ 62.566.533,63 y la suma arrojada en la liquidación efectuada, que es por valor de \$ 62.198.691, deviniéndose una diferencia inferior de \$367.842,63.

Conforme a ello, esta Colegiatura evidencia que erro el *a-quo* al efectuar la liquidación correspondiente en una cuantía de \$ 62.566.533,63, de la cual según el grupo liquidador se realizaron las siguientes observaciones:

1. El porcentaje de cotización a pensión cambio del 6,5% al 8% a partir de 1993 acorde al decreto 1476 de 1992, situación que no fue tomada en cuenta por el juez de instancia.
2. Existió una diferencia en días para los periodos de febrero de 1990, marzo de 1996 y febrero de 2005 en los que erró el *a-quo*.
3. Se presentó una diferencia en IBC para el periodo de enero de 2003.

En conclusión, evidencia esta Sala que no han de prosperar los reparos efectuados por el recurrente en atención a que al demandante si le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; no obstante, dadas las resultas de las operaciones aritméticas efectuadas que difieren con las señaladas por el juez de instancia, esta Sala modificará la sentencia apelada en lo que respecta al valor de la condena emitida el pasado 24 de octubre de 2022 en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

6.3.De la condena en costas en primera instancia contra Colpensiones

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

6.4. Costas

Atendiendo las resultas del recurso ante la no prosperidad de los reparos efectuados por la parte recurrente y la réplica de la parte demandante esta instancia, se impondrá costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en UN (01) SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4º del artículo 5º 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.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia, en el sentido de que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe pagar a favor del demandante MIGUEL ANGEL GAMBIN PETRO, por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la suma de \$ 62.198.691, que deberá indexarse a la fecha en que se verifique el pago total de lo adeudado, para lo cual se tomará como IPC INICIAL - septiembre de 2022.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

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

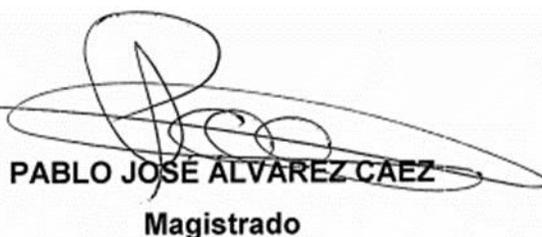
CUARTO: Devolver el expediente a su juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-162-31-03-001-2021-00020-00 FOLIO 425-22

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HENRY MANUEL MESTRA RUIZ contra RED CARNICA S.A representada legalmente por ALESSANDRA GIMENES

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido del 21 de enero de 2017 al 06 de enero de 2021; consecuentemente, solicitó que se condene al demandado al pago de la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, pago de la diferencia de aportes a pensión, sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, indemnización por concepto de despido sin justa causa, condena con base en la facultades ultra y extra petita y pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicitó la condena a la parte demandada por intereses legales y moratorios aplicado a los valores finales de las pretensiones principales a partir del día siguiente a la fecha de terminación del contrato de trabajo.

2.2. Como fundamentos fácticos, señala que sostuvo con la empresa demandada una relación laboral desde el 20 de enero de 2017 hasta el 06 de enero de 2021 en la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido.

Manifestó que la labor desempeñada consistía en el manejo de producción, administración de fichas técnicas, manejo del área de empaque, supervisión y manejo de personal operativo de las maquinas empacadoras al vacío, manejo de indicadores de producción en áreas de empaques y manejo de velocidades de las líneas de proceso; y que el salario promedio percibido era de dos millones ciento noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos mensuales (\$2.195.821).

Señaló cumplir un horario laboral de lunes a domingo el cual iniciaba de 04:30 am a 08:00 pm, y otras veces de 2:00 pm a 4:00 am, manteniéndose así hasta el día 06 de enero de 2021, fecha en que la demandada presenta al actor carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Declaró que el demandado pagó al trabajador indemnización por despido sin justa causa, liquidada con base al salario mínimo legal mensual vigente, siendo el salario real dos millones ciento noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos mensuales (\$2.195.821); y, señaló que adicionalmente la demandada le adeuda la diferencia salarial en los aportes a pensión, cesantías, liquidación de primas, liquidación de vacaciones, intereses de cesantías y primas de servicios.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda, se obtuvo contestación por parte del demandado, quien propuso como excepción de mérito la denominada inexistencia de la obligación con fundamento en que *“al demandante se le cancelaron los salarios y prestaciones*

sociales por lo que nada se le adeuda”, adicionalmente la excepción de prescripción “*para cualquier acción o derecho que el transcurso del tiempo hubiere extinguido, de conformidad con los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L”*

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

III. SENTENCIA CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso ordinario laboral adelantado por HENRY MANUEL MESTRA RUIZ. En consecuencia, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación presentada por la parte demandada y absolvió a la misma de las pretensiones incoadas en su contra; de otra parte, condenó en costas a la parte demandante en la suma de un (1) SMMLV.

Como fundamento indicó que con las pruebas aportadas al proceso se evidenció que al actor se le cancelaba un salario promedio, el cual fue el tenido en cuenta para el pago de los aportes a seguridad social, siendo confirmado por el propio demandante HENRY MANUEL MESTRA, quien en el interrogatorio de parte, bajo la gravedad de juramento reconoció que se cancelaron prestaciones sociales, cesantías, primas, vacaciones, aportes a pensión. Reconoció el actor adicionalmente, al ser interrogado por la parte demandada, que se le canceló indemnización por despido sin justa causa.

Así mismo señaló el *a-quo* que las pretensiones de la demanda se circunscribieron simplemente a la reliquidación de las prestaciones sociales, omitiendo el trabajo complementario que luego sería discutido de manera somera en la litis, y que, aunque el despacho hiciera uso de sus facultades ultra o extra petita no podría condenar al pago de horas extras o trabajo complementario, ya que el demandante no acreditó la permanencia en su labor durante horas que excedan la jornada pactada o legal, ni fueron determinadas las horas extras laboradas en la fecha de su causación por lo que no puede tomar el fallador una decisión con base en suposición o elucubraciones.

Como quiera que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., se surte el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales

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

4.2. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con lo reseñado, le corresponde a la sala resolver los siguientes problemas jurídicos en el grado jurisdiccional de consulta: **(i)** Determinar si hay lugar a condenar a la parte demandada al pago de la reliquidación de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones, así como al pago de la diferencia de aportes a pensión, sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, y al pago de la diferencia sobre la indemnización por concepto de despido sin justa causa. Adicionalmente, estudiar **(ii)** si erró el a-quo a no reconocer bajo sus facultades ultra petita el pago de horas extras o trabajo suplementario.

Sea lo primero advertir que, esta colegiatura no discute la existencia de la relación laboral, pues la misma fue reconocida y probada por las partes; en ese sentido, la discusión se concentra en el monto del salario utilizado para la liquidación de sus acreencias laborales, liquidación de vacaciones, junto con los aportes a seguridad social durante el interregno del contrato de trabajo, manifestando que se tuvo en cuenta un salario mínimo mensual legal vigente, mientras que el salario real devengado fue de dos millones ciento noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos mensuales (\$2.195.821).

Al respecto, revisado el expediente y los medios de prueba aportados al plenario, pasa la Sala a pronunciarse de la siguiente manera:

Según reposa en el expediente en folios 07 y 09 y en folio del 22 al 114 del archivo “*CostentaciónDemanda(1).pdf*” se acreditó que efectivamente al señor HENRY MANUEL MESTRA RUIZ le fue realizado el pago de cesantías y primas de servicio, así como los aportes a salud y pensión en vigencia de la relación laboral y con el salario promedio que percibía cada mes. Situación que tal y como fue advertida por el *a-quo*, fue corroborada por el demandante en el interrogatorio de parte llevado a cabo dentro de la diligencia que data del 25 de octubre de 2022, en la que, además, reconoció haber recibido el pago de la indemnización por despido sin justa causa y el pago de las acreencias laborales con base en el salario promedio mensual que percibía. Por lo tanto, se evidencia que no le asiste derecho al actor a obtener el pago por concepto de reliquidación de lo pretendido, pues como se desprende de la documental visible a folio 36 del archivo “*24.1 - AgregarMemorial.pdf*” el actor percibió el pago conforme con el salario primigenio devengado y la afirmación del monto superior señalado en la demanda se encuentra huérfano de prueba en el expediente, esto es, que al actor no le basta con afirmar la existencia de un derecho, sino que es su deber demostrar su existencia, lo cual está en perfecta armonía con el principio de la carga de la prueba, expresado en el artículo 167 del CGP, el cual reza:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Dicha norma, es aplicable en materia laboral por remisión analógica de que trata el artículo 145 del C.P.T., por lo que en consecuencia, dicha situación no fue acreditada por el trabajador para obtener el derecho a una reliquidación de las prestaciones sociales.

En lo que respecta a la indemnización moratoria, debe indicarse que el artículo 65 consagrado en el código sustantivo del trabajo reza lo siguiente:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor”

Al encontrarse probado por esta Colegiatura que no hay lugar a reliquidar acreencia alguna ya que no hubo inconsistencia entre el salario realmente percibido y el utilizado para la cancelación de cesantías, primas, vacaciones, aportes a pensión e indemnización realizada por despido sin justa causa, la sanción impuesta por el artículo 65 del código sustantivo del trabajo para efectos de esta litis no se resulta aplicable.

Por último, frente al reconocimiento de trabajo suplementario, dominicales y festivos, se tiene que dentro del plenario no obra prueba que ofrezca certeza del número de horas extras laboradas, si las mismas fueron diurnas o nocturnas, los turnos cumplidos y si estos lo fueron en domingos y festivos.

Y es que sobre este tópico la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-5264 del 26 de noviembre de 2019, radicación No. 67978, M.P. ANA MARIA MUÑOZ SEGURA, indicó, lo siguiente:

“Resulta necesario para la Sala recordar que la pretensión del reconocimiento de trabajo suplementario o los recargos por servicio en jornada nocturna o días dominicales o festivos, imponen al demandante la carga de probar, más allá de cualquier duda razonable, las horas que fueron laboradas en exceso de la jornada ordinaria o en condiciones extraordinarias y que se denuncian impagadas.

Ya esta misma Corporación tiene dicho que el trabajo suplementario o los recargos nocturnos no pueden estar sometidos a suposiciones y su probanza debe despejar cualquier duda respecto de las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que tuvieron ocurrencia (CSJ SL3009-2017, CSJ SL10418-2017 y CSJ SL10597-2017)”.

En igual sentido, en la Sentencia SL667-2021 de la CSJ se señaló:

“(...) tal afirmación es insuficiente para tener por acreditado que la demandante efectivamente laboró tiempos suplementarios o de horas extras, en la medida en que no existen medios de convicción que brinden certeza de los días y horas que efectivamente laboró.

Debe recordarse que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas, pues es necesario que el trabajador demuestre la real y efectiva prestación del servicio de horas extras que proceda su reconocimiento (CSJ SL1064-2018).”

Atendiendo las consideraciones precedentes se advierte que no erró el *a-quo* al afirmar que el accionante no acreditó dentro del plenario la existencia de trabajo suplementario que diera cuenta de manera real y efectiva la prestación del servicio de horas extras para entonces concluir que tiene derecho a dicho reconocimiento y pago; pues no solo así lo demuestran las pruebas documentales aportadas al plenario, sino de los testimonios rendidos de los que no se extrae con claridad y precisión la prestación del trabajo suplementario.

En razón a lo anterior, encuentra la Sala por probada la excepción de inexistencia de la obligación, así como no se hallan reparos a la decisión adoptada por el fallador de primera instancia y por ello se confirmará la sentencia consultada.

5.3. Costas

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

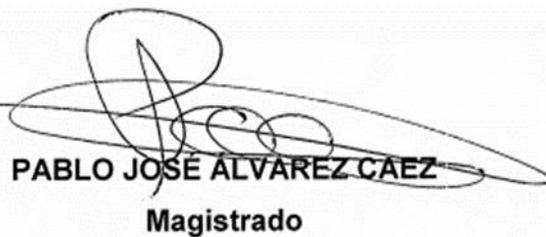
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2019-00050-01 FOLIO 479-22

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia del 22 de noviembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELCY DEL CARMEN PATERNINA LÓPEZ contra ARCA UNIDAD DE SALUD MENTAL LTDA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el demandante que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes entre el 15 de noviembre de 2017 y el 24 de diciembre de 2018. En consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de los salarios adeudados para los meses de marzo, mayo, junio, julio, noviembre y diciembre de 2018, el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, y la indemnización por no consignación de las cesantías al fondo de pensiones.

De otra parte, solicitó el pago de los aportes al sistema de seguridad social, la ampliación de las facultades de Ultra y Extra petita y la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

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

Señaló que fue vinculada a la empresa demandada a través de un contrato de prestación de servicios el día 15 de noviembre de 2017; sin embargo, tal relación finalmente se tornó en una relación laboral, dado que debía cumplir horario de trabajo, recibía órdenes directas de su empleador y obtenía una contraprestación por la labor desarrollada.

Manifestó que desarrollaba el cargo de auxiliar de enfermería devengando un salario mensual de \$ 900.000.

Finalmente, comentó que fue despedida sin justa causa el día 24 de diciembre de 2018.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada presentó escrito de contestación en el que señaló como excepciones: *buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada.*

Al respecto se opuso a todas y cada una de las pretensiones del escrito de la demanda, señalando que ni la modalidad del contrato ni los extremos temporales se ajustan a la realidad puesto que la demandante inició la operación de su contrato a partir del 01 de septiembre de 2018 y que no se volvió a presentar a la entidad desde el día 24 de diciembre de 2018. Así mismo, resaltó que la demandante no recibió órdenes de la entidad, pues al suscribir el contrato la actora tuvo claridad y certeza del servicio a prestar y el objeto del mismo.

III. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia resolvió declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de septiembre de 2018 y el 24 de diciembre de 2018 y en consecuencia condenó a pagar la demandada los siguientes conceptos:

Cesantías: \$ 210.000

Intereses a las cesantías: \$ 25.000

Prima: \$ 210.000

Vacaciones: \$90.000

Salarios: \$ 1.800.000

Así mismo, ordenó a la demandada a pagar los aportes a la seguridad social en pensión para los periodos en que fue vigente la relación laboral con base en el cálculo actuarial que realice el fondo, absolvió a la empresa de las demás pretensiones y la condenó en costas dadas las resultas del proceso.

Como fundamento de su decisión, indicó que en los hechos de la demanda se dijo que la demandante prestaba una labor por lo que concluyó que la actora prestaba sus servicios para la empresa demandada. De otra parte, en lo que respecta a la única prueba testimonial rendida por JOSÉ ALFREDO MARTÍNEZ DORIA quien manifestó que conoció a la demandante el 11 de septiembre de 2018, fecha en la que entró como paciente en el centro de rehabilitación hasta el 12 de noviembre de 2018, en donde la demandante era la enfermera que le suministraba los medicamentos y recibía órdenes de la jefe de personal.

Adicionalmente, indicó que si bien la documental relacionada con el contrato de prestación de servicios que data del 01 de septiembre de 2018 cuya cláusula 5° dispone un término de 04 meses para su ejecución, lo cierto es que la

demandante admitió que la relación finiquitó el 24 de diciembre de 2018; por tal razón y bajo el estudio de las demás pruebas recabadas pudo extraer que la accionante realizó una actividad directa en favor de la demandada entre el 01 de septiembre de 2018 y el 24 de diciembre de 2018.

Tomó por salario la suma de \$ 900.000 la cual fue acreditada en el contrato de prestación de servicios y señaló que únicamente es procedente la condena en salarios insolutos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2018, pues la parte demandante no desvirtuó tal situación fáctica.

Indicó que al no haberse acreditado por la actora la existencia del despido no emitió condena de la indemnización por despido sin justa causa; y, sostuvo que la aplicación de la sanción moratoria no era procedente en atención a que la declaratoria de la relación laboral se surtió con apego a la presunción establecida en el artículo 24 del CST. Finalmente, respecto de la indemnización por la no consignación de las cesantías, señaló que, de acuerdo a la fecha de la terminación de la relación laboral, dicha suma no debió ser consignada al fondo sino directamente a la trabajadora, por lo que la pretensión resulta improcedente.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada.

IV RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La parte demandante a través de su apoderado judicial, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad en los siguientes términos:

1. No se encontró de acuerdo con la fijación de los extremos temporales fijados por el *a-quo*, en tanto la parte demandada aportó en el plenario un contrato de prestación de servicios que muestran las fechas de inicio y terminación del contrato.

2. Frente a la indemnización moratoria, sostuvo que la demandada no se presentó al proceso, no allegó pruebas que desvirtuaran la relación laboral, por lo tanto, consideró que se debe tener en cuenta la aplicación de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

V. TRÁMITE Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Mediante memorial de fecha 02 de marzo de 2023 KARINA PAOLA ZABALA CASTAÑO como apoderada principal de la parte demandante, presentó escrito de renuncia al poder judicial que le había sido conferido.

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación. Así las cosas, el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar: *i*) Si incurrió en error el *a-quo* en la valoración probatoria del “*contrato de prestación de servicios*” para fijar los extremos de la relación laboral; y, *ii*) Si debió darse aplicación al artículo 65 del CST en favor de la trabajadora teniendo en cuenta que la demandada no desvirtuó la relación laboral.

6.3. De la valoración probatoria sobre el “contrato de prestación de servicios”

Teniendo en cuenta lo expresado el recurso dealzada, no puede desconocer esta Sala lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T. que establece el principio de la libre formación del convencimiento en los siguientes términos:

“El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. (...)”

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

De esta manera, es preciso señalar que tal principio y facultad del juez no esta en contravía con el denominado del error de hecho; así, frente a este aspecto la Sala de Casación Laboral, ateniendo a este principio, ha sido reiterativa en sentencias CSJ SL273- 2023, CSJ SL2264-2022, entre otras, que reiteran lo señalado en CSJ SL, 5 nov. 1998, rad. 11111, lo siguiente:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos

relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

(...)

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho.”

Bajo lo expuesto, es preciso destacar en primera medida que el apoderado de la parte demandante manifestó su inconformidad sobre los extremos temporales de la relación que fueron declarados por el *a-quo* aduciendo una errónea valoración probatoria, pues el contrato de prestación de servicios denota la fecha de inicio y terminación del contrato.

Al respecto, en revisión de tal documental que fue aportada por la parte demandada a folios 15 a 25 del archivo digital: “5. *contestación demanda y anexos.pdf*” se observa que en ningún aparte se expuso de manera explícita las fechas de inicio y terminación del contrato, pues lo que si es visible es el plazo de ejecución y vigencia del contrato en la cláusula No. 5, así:

del contrato. **Quinta: Plazo de ejecución y vigencia del contrato.** El plazo de ejecución del contrato es de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, que en ningún caso podrá ser inferior a la fecha de expedición de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución. **Parágrafo.** Las partes acuerdan que la vigencia del presente contrato es a partir de la fecha de perfeccionamiento y durante el plazo de ejecución. **Sexta: Forma de pago.** El CONTRATANTE pagará el valor del

Por lo anterior, evidencia este Órgano Colegiado que no incurrió en error el *a-quo* al determinar los extremos de la relación laboral entre el 01 de septiembre de 2018 y el 24 de diciembre de 2018, pues según se desprende del parágrafo

de la cláusula referida, la vigencia del presente contrato inicia a partir de la fecha de perfeccionamiento y durante el plazo de ejecución.

De manera que; según se extrae de la documental en virtud de la cláusula vigésima quinta, el perfeccionamiento del contrato se entiende con la firma de las partes, tal y como se muestra de la siguiente captura de pantalla:

Montería - Córdoba. **Vigésima quinta: Requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato.** Este contrato se entiende perfeccionado con la firma de la partes. Los gastos ocasionados para el cumplimiento de los requisitos por parte del CONTRATISTA corren única y exclusivamente a su cargo.

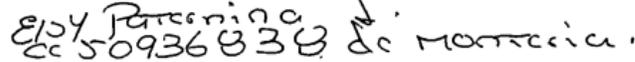
Se firma por las partes intervinientes el día primero (1) del mes de septiembre de 2018 en el municipio de Montería - Córdoba.

EL CONTRATANTE



MARÍA CELESTE DE JESÚS OVALLE ARZUAGA
C.C. No. 49.750.870 DE LA PAZ

EL CONTRATISTA



ELCI DEL CARMEN PATERNINA LOPEZ
C.C. No. 50.936.838 DE MONTERÍA

Por lo anterior, si se perfeccionó la relación contractual el día 01 de septiembre de 2018, tal circunstancia ineludiblemente permite acreditar que dicha data se refiere al extremo inicial y que en razón al plazo de ejecución de 04 meses, el contrato debía finalizar el 30 de diciembre de 2018. No obstante, según el hecho 5° del escrito de la demanda, la parte actora sostiene que la relación culminó el día 24 de diciembre de 2018, situación que permite concluir que es esta fecha la que corresponde al extremo final.

Así las cosas, en virtud del principio de la libre formación del convencimiento encuentra esta Sala que no erró el juez de instancia en su consideración y por tanto se concluye que no ha de prosperar el reparo efectuado por la parte actora.

6.4. De la indemnización moratoria

En lo concerniente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T. por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, sostuvo el recurrente que se debió tener en cuenta circunstancias tales como: *“que la demandada no se presentó al proceso”* y *“no allegó pruebas que desvirtuaran la relación laboral”*.

De esta manera, y aun cuando se debe aclarar que la demandada si compareció al proceso, más lo que aconteció fue que no asistió a las diligencias de fecha 24 de junio y 22 de noviembre de 2022; lo cierto, es que la aplicación de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST no se encuentra determinada por la asistencia de las partes al proceso o por la falta de pruebas que desvirtúen la relación laboral, máxime que su aplicación no opera de forma automática.

En tal medida, le asiste razón al juez de instancia al afirmar que, atendiendo a que la declaratoria del contrato de trabajo lo fue en aplicación de la presunción del artículo 24 del C.S. del T, no es dable imponer la condena invocada como explica a continuación.

Sobre las sanciones deprecadas señaló la Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL11436-2016 y SL1885-2021, lo siguiente:

“Sobre el particular, es pertinente anotar que esta Sala ha dicho de manera reiterada que los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática, sino que es obligación del juez al momento de imponer la sanción allí prevista, analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si estuvo revestida de buena fe. Al respecto, en decisión CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, esta Corte sostuvo:

(...) en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no

pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:

*La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, **como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.***”

Y en la sentencia SL199-2021, Radicación N ° 77192 del 20 de enero de 2021, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador, precisó:

“En relación a la carga de la prueba respecto de la pretensión de indemnización moratoria ya ha adoctrinado esta Corporación, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso (SCL SL194 de 2019).

Así mismo, esta Corporación ha sostenido que «es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta». (SCL SL194 de 2019). Así se precisó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de

la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política”.

Asimismo, esta Sala ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla, que este Tribunal ha derivado de la evolución de los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, la Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765¹**, señaló:

*“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.*

¹ M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767**², expresó:

“Si la censura invoca el contenido literal de las aludidas documentales, para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo”.

En la sentencia **SL19093-2017**, puntualizó:

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949], dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la sentencia **SL1426-2018**, señaló la Corte:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que es incontrovertible el ejercicio de la subordinación y la remuneración por los servicios prestados”.

² M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Y así, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**). Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019 y STL, 13 may. 2020, rad. 59396**.

Por tanto, comoquiera que en el caso bajo estudio se declaró el contrato de trabajo con fundamento en la presunción prevista en las normas citadas, no es dable aplicar de forma automática la sanción invocada, por lo que se absolverá de la misma a la parte demandada.

En conclusión de todo lo reseñado, encuentra esta Sala que los reparos efectuados por la parte demandante no tienen la vocación de prosperar, y en consecuencia se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la renuncia de poder allegada por el apoderado de la parte demandada, se encuentra que el mismo no cumple con las exigencias dispuestas en el artículo 76 del C.G.P., pues si bien la comunicación de la renuncia fue remitida a la dirección electrónica: escapalo2012@hotmail.com, la verdad es que tal dirección se obtuvo de un mensaje de datos recibido a través del aplicativo *WhatsApp*, el cual no soporta de manera fehaciente la identidad del remitente del mensaje y mucho menos la idoneidad de la dirección electrónica.

6.4. Costas

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ELCY DEL CARMEN PATERNINA LÓPEZ** contra **ARCA UNIDAD DE SALUD MENTAL LTDA.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: NEGAR la solicitud de renuncia de poder allegada por la apoderada judicial de la parte demandante.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado