



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2017 00088 01

María Lucila Saboya de Rodríguez vs. Miryam Esperanza Cifuentes Sandoval

Bogotá D. C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por las partes, contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. María Lucila Saboya de Rodríguez, promovió proceso ordinario laboral contra Miryam Esperanza Cifuentes Sandoval, para que se declare de manera principal la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1° de octubre de 2008 al 31 de enero de 2017; en consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, junto con su sanción, prima de servicios, compensación de vacaciones en dinero, indemnizaciones de los artículos 64, 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; o subsidiariamente se declare la ineficacia de la terminación de la relación laboral por la no autorización del inspector del trabajo para desvincular a la accionante, y se ordene el pago de los salarios dejados de percibir hasta que se haga efectivo el reintegro.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó en síntesis, que el 1° de octubre de 2008 inició labores como auxiliar de cocina en favor de la accionada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, percibiendo como salario hasta el 31 de diciembre de 2016 el mínimo legal vigente, y siendo el último devengado la suma de \$800.000, que se le suministró dotación y aportes a salud durante la vigencia del contrato, omitiendo la ex empleadora cubrir los aportes a pensión, al igual que a la ARL, y hacer la consignación en el fondo de cesantías; fue desvinculada el 31 de enero de 2017 sin justa causa, en estado de debilidad manifiesta en atención a su estado de salud, y sin pagar las acreencias que reclama con esta acción.

La demanda fue admitida con proveído de 16 de marzo de 2017, y se dispuso la notificación al extremo pasivo (fl. 14 de PDF 01).

Mediante proveído de 5 de abril de 2018, se ordenó el emplazamiento de la demandada y se designó curador ad-litem que la representara en el presente proceso (fl. 26 ídem).

2. Contestación de la demanda. La Curadora ad-litem de la accionada **Miryam Esperanza Cifuentes Sandoval**, contestó la demanda, con oposición a las pretensiones, señaló que no existe prueba siquiera sumaria que determine los hechos expuestos en la demanda; los que deben probarse, ya que no existen pruebas que evidencien los supuestos fácticos relacionados; en el acápite de RAZONES EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEFENSA, reiteró que no existe medio de convicción en el expediente que permita probar la existencia de un vínculo laboral entre las partes.

Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de carga de la prueba por la parte actora y, prescripción (fls. 36 a 39 y 41 a 44 de PDF 01).

A la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2021 –del artículo 80 del CPTSS- compareció la demandada y confirió poder a su apoderado de confianza, quien fue reconocido como tal, en dicha vista pública.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

4. Sentencia de primera instancia. La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, vigente entre el 1° de octubre de 2008 y el 31 de enero de 2017, condenó a la accionada en su condición de sustituta patronal a reconocer y pagar a la demandante las sumas de \$7.661.332 por cesantías, \$919.359 por intereses sobre las cesantías, \$4,098.425 por indemnización por terminación del contrato de trabajo, \$24.590 diarios por sanción moratoria del artículo 65 del CST, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y le impuso las costas del proceso a la accionada, tasando las agencias en derecho en \$1.000.000.

Apoyo su decisión en que con las pruebas practicadas y allegadas, encontró acreditado el contrato de trabajo, que *“...de acuerdo con la confesión de MARIA ESPERANZA CIFUENTES, puede tenerse en cuenta que aquí hubo una sustitución patronal en los términos del artículo 69 (sic) del CST, ... si está debidamente acreditado que la aquí demandante prestaba servicios para la demandada como auxiliar de cocina en un establecimiento...”*, que igualmente la demandada *“...indica que se asesoró y empezó a liquidar de manera anual a la aquí demandante para pagarle la liquidación de manera anual y aportó dentro del curso de interrogatorio una serie de liquidaciones que prueban que a aquí demandada efectuó unos pagos parciales de cesantías, así como las prestaciones sociales de los últimos 3 años; esto lleva necesariamente a concluir que lo que corresponde a prima de servicio, estaría prescrito así como también lo que corresponde a vacaciones en la medida que estas le fueron pagadas en la liquidación...”*, que la accionada debía responder por las obligaciones generadas del contrato de trabajo *“...en virtud de la sustitución patronal que hizo en virtud (sic) del artículo 69...”*, como quiera que *“...la sola sustitución del patrono no extingue, modifica ni suspende los contratos de trabajo existentes y la aquí demandante no tuvo ninguna modificación en sus funciones de acuerdo con lo confesado por la demandada anteriores al año 2013, es decir las que inició en el año 2008 fueron las mismas que finalizó en cuanto a sus funciones...”*.

Específicamente frente a los aspectos controvertidos por los recurrentes, consideró que no procedía la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 *“...en este caso la parte demandada efectuó unos pagos parciales por lo tanto los pierde, esa es la sanción por haberlo pagado directamente, por lo tanto no puede haber una doble sanción porque nadie puede ser sancionado por la misma causa dos veces, razón por la cual la sanción que aplicará será la del 254 y no aplicará el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esa es la razón por la cual no se accede a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, nótese como el espíritu de la norma es que se consignen las cesantías en un fondo, pero también está la norma del artículo*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

254 que indica que cuando se hagan pagos parciales, como en este caso se dieron la sanción es básicamente perder lo pagado, entonces en este caso el despacho ordenará que se paguen de nuevo las cesantías...”.

Respecto a los aportes a pensión señaló que “...bueno accederá a que se tenga en cuenta en el presente caso el tiempo antes referido como contrato laboral para efectos de pensión...”, sin embargo, aclaró que “...no se puede emitir condena respecto del fondo al que se tienen que emitir los aportes a pensión, en razón a que no está probado en que fondo la aquí demandante se encontraba afiliada, entonces no hay manera de emitir condena respecto del pago de los aportes a pensión, entonces es claro que este tiempo laborado debe ser tenido en cuenta para los efectos que correspondan, pero no se puede emitir una sentencia condenatoria en ese sentido porque carece el despacho de la información, pero sin embargo debe tenerse en cuenta ese tiempo como laborado...”.

Y, en lo que concierne a la indemnización por terminación del contrato de trabajo -artículo 64, razonó “...Ahora en lo que corresponde a la indemnización por terminación del contrato de trabajo, este despacho accederá a que la demandada pague la indemnización por terminación del contrato de trabajo en los términos del artículo 64 del CST, la razón no puede ser otra que la parte demandada no acreditó que se hubiere terminado el contrato de trabajo por una causa atribuible al trabajador, tenía que haberlo demostrado, en razón a esa circunstancia el juzgado accederá al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo en los términos del artículo 64 del CST...”.

5. Recursos de apelación: Inconformes con la sentencia, ambas partes presentaron recurso de apelación, que sustentaron en los siguientes términos:

5.1. Parte demandante:“(...) Comoquiera que el despacho encontró acreditada la relación laboral entre el 1° de octubre de 2008 y el 31 de enero de 2017, es menester interponer recurso de alzada, toda vez que es obligación, o que de esa relación laboral que quedó acreditada nacen unos derechos y las obligaciones por parte del empleador, téngase en cuenta que una de las obligaciones del empleador es pagar a sus trabajadores o generar los correspondientes aportes a seguridad social, así las cosas la inconformidad estriba de que no se ha accedido a los aportes, como quiera que el Honorable Tribunal de Cundinamarca, me refiero a un reciente caso que es el de MARIA TERESA ESPITIA ARIAS, donde el tribunal revocó aduciendo que si bien es cierto no hay una afiliación no se puede decir a que fondo se va a hacer el pago, también es cierto que hay una fórmula jurídica que tienen los operadores judiciales y es imprimir una carga al trabajador en el sentido de que este debe escoger un fondo de pensiones para así proceder a hacer el respectivo cálculo actuarial; entonces para tal efecto de que la aquí demandante no este afiliado a un fondo de pensiones actualmente, sea público o privado, eso per se no libera al empleador de no generar los correspondiente aportes, entonces como lo ha manifestado el Honorable Tribunal de Cundinamarca, la solución es la siguiente, que se le conceda un término a la aquí demandante para que ella escoja un fondo de pensiones y una vez escogido en un término perentorio informe al juez para que el juez ordene la condena u ordene ejecutar esa obligación de hacer; entonces en ese sentido no es una razón válida ni jurídicamente ni fácticamente, que no se emita condena por un derecho laboral que es irrenunciable y a la postre imprescriptible, ese sería el primer fundamento de mi inconformidad, pues para el Honorable Tribunal de Cundinamarca, revoque y ordene a la aquí demandada generar esos aportes a pensión al fondo que la señora



demandante escoja, para así luego nazca la obligación del empleador en generar ese correspondiente aporte.

Otro punto de inconformidad, es en lo que tiene que ver con la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que aquí quedo demostrado el pago parcial, es decir, nótese que la primer liquidación que es del 1° de mayo de 2014 al 1° de mayo de 2015, se tiene como salario \$800 mil pesos, del 2015 al 2016 se tiene como salario \$800 mil pesos, y del 1° de junio del 2016 al 31 de enero de 2017 que fue cuando terminó la relación laboral se manifiesta que el salario era de \$500 mil pesos, aun cuando la misma demandada confesó que el último salario había sido de \$30 mil pesos diarios. Así, las cosas también téngase en cuenta si el Despacho, el juez de alzada revisa el tema también, observemos que entre el 30 de junio del año 2012 y el 30 de abril del año 2014 no hubo pago alguno, luego uno podría decir que una norma no excluye a la otra, es decir aquí lo que hubo fue un pago parcial de cesantías y ese pago parcial de cesantías da lugar a que se pague el excedente así no se haya consignado en el fondo y no podría hablarse de una doble sanción, porque tiene causas o lo que da lugar a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 es la no consignación en el fondo de cesantías o el pago deficitario en el fondo de cesantías; que quiere decir ello, que la legislación colombiana buscó que se crearan los fondos de cesantías fue para que, para cuando el trabajador quedara cesante, es decir para cuando cesara la relación laboral el trabajador pudiera acudir a un fondo de cesantías y entiéndase que estos fondos de cesantías son entidades financieras que son reguladas especialmente por la Superintendencia Financiera de Colombia, por el Banco de la República, tiene una vigilancia, una inspección y un control especial, porque? porque es que el Estado Colombiano ha entendido que la actividad de un empleador, o la actividad de un negocio, la actividad de una empresa, de una sociedad, tiene un riesgo y por ello, no le dejó a potestad del empleador custodiar esos dineros sino se crearon esos fondos de cesantías; es decir, que el Estado presume de la quiebra, de la insolvencia, o que puede pasar algo y por ello entrega ese dinero y le ordena a los empleadores a que consignen en el fondo, en caso que el trabajador quede cesante pueda acudir directamente al fondo de cesantía que es donde se entiende esta la plata custodiada y resguardada, y en eventuales casos es el trabajador quien puede hacer retiros en casos especiales de ley. Entonces, fíjese que una cosa es la Ley 50 de 1990 en su numeral 3, lo que castiga es su no consignación en el fondo de cesantías, y castiga también es que se pague parcialmente, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, numeral 3° no castigue que no se pague, es que no se consigne, entonces de allí es que no puede hablarse de que se estarían aplicando dos sanciones porque rigen supuestos facticos diferentes. En ese sentido, debe accederse a tal indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y también y bajo mejor criterio debe atenderse el principio de favorabilidad, podríamos decir en este caso que una norma contradice a la otra, lo que tiene que ver que..., el aforismo o lo que se dice comúnmente en derecho laboral el que paga mal paga dos veces y en este caso pues como le entregaron las cesantías a la aquí demandante de forma directa, fueron una entrega de forma parcial, debe tenerse en cuenta que aquí opera el indubio pro operario, que significa ello que en caso de duda en la aplicación de una norma a otra, en la interpretación o cuando chocan las normas entre si, en todo caso puede dársele prevalencia o prioridad a la que favorezca más al trabajador. En ese sentido podemos ver que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su numeral 3°, es más beneficia la trabajador y por ello debe aplicarse ésta regla; por ello habrá de elevarse la indemnización moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

También es importante informar al Despacho, que en caso de que se niegue esta indemnización debe tenerse también en cuenta la mala fe con la que ha actuado la aquí demandada al tratar de acarrear o al tratar de inculpar a su señora madre, al informar que era trabajadora del anterior (sic), por ello también vuelvo y ratifico y está en el expediente que es la señora demandada la que tenía un establecimiento de comercio desde el año 2001, es decir la aquí demandada también mintió al Despacho cuando dijo que era hasta el 2012 que ella se había hecho cargo de ello, cuando ella siempre fue la responsable, pues el establecimiento de comercio tiene su propio número de matrícula que es el 1063514 y para tal efecto, por eso también se le solicita al Honorable Tribunal de Cundinamarca, que en uso de sus facultades del artículo 83, decreto y oficie o le conceda al suscrito un término para allegar ese documento; no obstante, los otros medios demostrativos dan fe de ello.

Así pues la inconformidad estriba en esos dos, bueno podríamos tener otro punto de inconformidad, es que la indemnización de la que trata el artículo 64 debe ser indexada, si bien es cierto no se pidió en la demanda es indexación, en reciente criterio de la Corte Suprema de Justicia, me refiero a la sentencia de la CSJ SL359 de 2021, adujo que a pesar de que no se pida la indexación, debe tenerse en cuenta que la indexación no aumenta o incrementa las condenas,



sino más bien garantiza el pago completo e íntegro de la obligación, sin la indexación las condenas serían deficitarias y el deudor (sic) recibiría un menor valor, el acreedor recibiría un menor valor del que en realidad se adeuda, premisa que tiende agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial, en suma la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por tanto, también se solicita al Honorable Tribunal de Cundinamarca, en su Sala Laboral, se ordene indexar la indemnización de que trata el artículo 64 del CST. Así las cosas, solicito se revoque la absolución que tiene que ver con el pago de aportes, la absolución que tiene que ver con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su numeral 3° y se dé cabida también a la indexación conforme a los criterios jurisprudenciales. En ese estado queda sustentado el recurso.

5.2. Parte demandada: Argumentó "(...) me permito invocar el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Cundinamarca, en los siguientes términos: Bueno, primero que todo conforme a la indemnización por despido sin justa causa, se debe determinar que este hecho así como lo indica el artículo 151 prescribió, teniendo en cuenta que si bien es cierto se llega a establecer un despido sin justa causa, entiéndase que en este caso no se podría establecer anterioridad al año 2014, teniendo en cuenta que entre el año 2014 al año 2015 existió un contrato verbal o escrito pero se liquidó, del 15 al 16 se liquidó y así el último mes del año 2017 también se liquidó si, de cierta manera estas liquidaciones dan por terminado que de acuerdo a las liquidaciones como se ve, dan por terminado de mutuo acuerdo este tipo de contratos; entonces si bien es cierto esto, podríamos indicar nosotros que en los últimos años no existiría ningún tipo de despido sin justa causa, en caso dado de llegar a existir y que presuntamente ese despido sin justa causa, no se podría establecer que la persona trabajó del año ... 2008 al año 2017 y en este entendido por lo tanto la indemnización por despido sin justa causa es de todo este tiempo, sería erróneo entender esto teniendo en cuenta que existieron unas liquidaciones de mutuo acuerdo por las partes, en donde en este caso se dio la terminación de esos contratos, que de acuerdo a las últimas liquidaciones del año 2014 a 2017 fue un contrato de trabajo ya liquidado, que se liquidó; téngase entendido como lo menciono, que en este caso, en caso de llegar a existir, existiría un despido sin justa causa en el año 2013, pero si bien es cierto esto también le opera el fenómeno de la prescripción entendida por este caso en el artículo 151 del CPT. En el orden de ideas, en este caso la indemnización por despido sin justa causa no estaría llamada prosperar por en este caso por el operador judicial y por lo tanto, por eso ruego al Honorable Tribunal de Cundinamarca declarar como tal, o prácticamente no condenar a la indemnización por despido sin justa causa.

Conforme a lo anterior, en cuestión a establecer en este caso que la persona como tal efectivamente frente a las demás condenas, este suscrito no tendría mayor reparo. Frente a temas pensionales y sancionales no tendría mayor reparo, y en este caso solamente sería este el único cargo como tal el del recurso de apelación. Muchas gracias...".

6. Alegatos de conclusión. En el término de traslado solo la parte demandada presentó alegaciones de segunda instancia, con similares argumentos a los expuestos en el medio de impugnación presentado por esta.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿Desacertó la jueza *a quo* al no imponer condena por aportes para pensión? , **2)** ¿hay lugar a reconocer la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990?, **3)** ¿quedó acreditado el despido de la trabajadora que conllevara la indemnización respectiva? y **4)** ¿es factible elevar condena por indexación pese a que no fue solicitada en la demanda?



8. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada será **adicionada** para condenar por aportes a pensión e indexación y, **confirmada** en lo demás.

9. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Código Sustantivo de Trabajo arts. 64 y 254; Ley 979 de 2003, artículo 3 y 9, modificatorios de los apartados 15 y 33 de la Ley 100 de 1993; Código Procesal del Trabajo arts. 60 y 61, Código General del Proceso arts. 167. CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, CSJ SL3492-2018, SL5418-2019, SL359 -2021 y SL859-2021.

9. Cuestión preliminar: Solicita el apoderado de la parte actora, que esta Corporación, disponga obtener el Certificado de Cámara de Comercio o registro mercantil de la accionada, que la acredite como propietaria del establecimiento de comercio donde prestó servicios la demandante “... **en uso de sus facultades del artículo 83, decreta y oficie o le conceda al suscrito un término para allegar ese documento; no obstante, los otros medios demostrativos dan fe de ello...**”. Al respecto debe indicarse, que se considera innecesario tal pedimento y por tanto se niega el mismo, como quiera que en primer lugar no se dan los presupuestos de la norma invocada –Art. 83 del CPTSS-, para el decreto de pruebas de segunda instancia, pues dicha certificación no fue solicitada como prueba en la demanda y por ende, no se decretó como tal; y en segundo término, los medios de prueba allegados al expediente dan cuenta de tal situación, como bien lo refiere el mismo peticionario y, con ellos se puede decidir el presente asunto.

Consideraciones

En el caso bajo estudio no fue objeto de reproche la decisión de la juzgadora de primer grado, de declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, vigente del 1° de octubre de 2008 al 31 de enero de 2017, ni el cargo desempeñado de auxiliar de cocina por parte de la demandante, ni el salario devengado equivalente al mínimo legal de cada anualidad, así como tener a la demandada como sustituta patronal.



Elucidado por anterior, esta Sala entrará a darle solución a los problemas jurídicos planteados así:

1.- Aportes al sistema general en pensiones.

Advierte la Sala que efectivamente erró la juzgadora de primer grado al no impartir condena por los aportes a pensión causados durante la vigencia del contrato de trabajo en los extremos establecidos, toda vez que los mismos constituyen el capital o conforman las semanas cotizadas para obtener la trabajadora su futura pensión, derecho que se torna en irrenunciable e imprescriptible, corriendo la misma suerte las cotizaciones que son la base de éste.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el apartado legal 3° de la Ley 797 de 2003, consagra la afiliación al Sistema General de Pensiones como obligatoria para todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo; a su vez el artículo 9° de la norma modificatoria del artículo 33 del aludido Sistema Pensional, estableció los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, previendo en el literal d) de su numeral 2°, que para cumplir con el requisito de densidad de cotizaciones, se tendría en cuenta “...d) *El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador...*”, debiendo para tal efecto el empleador que omitió afiliar y cotizar a favor de su trabajador, trasladar la suma correspondiente a satisfacción de la entidad administradora, con base en el cálculo actuarial (Decreto 1887 de 1994 y normas concordantes), obligación que recae en el empleador.

Ahora, la circunstancia que no se encontrare acreditado en el proceso que la demandante estaba afiliada a un fondo de pensiones, no era óbice para condenar al pago de las aportaciones correspondientes en la forma establecida en la ley, vale decir a través de cálculo actuarial; pues bien podía la juzgadora, haber recurrido a las facultades legales, tomando las medidas conducentes para efectivizar el derecho que ampara a la trabajadora, como por ejemplo ordenarle a ésta se afiliará a una administradora de pensiones si no lo estaba y así lo informara para proseguir con el trámite correspondiente del respectivo cálculo



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

actuarial; ya que no observa la Sala de que otra manera consideraba la señora jueza se podría computar o como tendría en cuenta el tiempo de vigencia del contrato para efectos del derecho pensional, cuando señaló que se *“...accederá a que se tenga en cuenta en el presente caso el tiempo antes referido como contrato laboral para efectos de pensión...”*, pero se abstuvo de elevar la respectiva condena.

Así las cosas, al no haber quedado acreditada la afiliación y cotización a favor de la demandante a una AFP durante la vigencia del contrato de trabajo, cuyos extremos son del **1° de octubre de 2008 al 31 de enero de 2017**, se condenará al pago de los aportes respectivos mediante cálculo actuarial, con base en el salario mínimo legal de cada anualidad, que deberá ser consignado al respectivo fondo de pensiones que se encuentre afiliada o se afilié la accionante; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliada; y en caso de guardar silencio al respecto, la accionada elegirá el fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora; así mismo, se le concede a la accionada un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, se autoriza para que tal diligencia la deberá adelantar la actora; por tanto, se revocará la decisión de primera instancia, que como se dijo, se abstuvo de impartir dicha condena.

2.- Indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para absolver a la pasiva del pago de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consideró la jueza a quo que al haber quedado acreditado que la demandada le cancelaba el valor de las cesantías directamente a la trabajadora y sin la autorización del ente ministerial correspondiente, conforme las liquidaciones que allegó en el interrogatorio de parte, dichos pagos parciales los perdía, razonando que *“...esa es la sanción por haberlo pagado directamente, por lo tanto no puede haber una doble sanción porque nadie puede ser sancionado por la misma causa dos veces, razón por la cual la sanción que aplicará será la del 254 y no aplicará el artículo 99 de la Ley 50 de*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

1990...”; en otras palabras, en sentir de la juzgadora de instancia no resultaba concurrente la sanción prevista en el artículo 254 de la norma sustantiva laboral, con la indemnización moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por ello aplicó la primera.

La jurisprudencia ordinaria laboral, ha determinado que para la imposición de la sanción aquí analizada, al igual que sucede con la prevista en el artículo 65 del CST, su aplicación no es automática, sino que debe verificarse en cada caso concreto la conducta del empleador, para establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe por parte del empleador, que conlleva como consecuencia eximirlo de su pago. Ahora, en sentencia SL3492-2018, radicación No. 48944 de 22 de agosto de 2018, con ponencia de la doctora Jimena Isabel Godoy Fajardo respecto a las razones esgrimidas por la juzgadora a quo, se indicó:

“(...) No encuentra la Sala que el Tribunal, conforme a lo señalado por el recurrente en el cargo, se revelara contra la previsión del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 pues, justamente a la luz de la misma, analizó la conducta del empleador a efectos de darle aplicación y concluyó, que como aquél de manera directa y sin autorización del Ministerio de la Protección Social, anualmente entregó al demandante el valor de las cesantías, tal conducta acarrea la aplicación de la sanción establecida en el artículo 254 del CST, que prohíbe efectuar pagos parciales de esa prestación antes de la terminación del contrato de trabajo, y establece como sanción la pérdida de las sumas pagadas, precepto que aplicó el juzgador de la alzada.

Ahora bien, las razones que en su momento esgrimió esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186, para establecer la incompatibilidad de la sanción contenida en el artículo 254 del CST con la indemnización moratoria ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral consagrada en el artículo 65 del CST, que no con la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuya aplicación hoy se depreca por el accionante, resultan extensivas a ella, si se tiene en cuenta que esta última dado su carácter sancionatorio, busca resarcir los perjuicios causados al trabajador con la omisión del empleador en la consignación de sus cesantías, perjuicios que no se avizoran en este evento en el que si bien, a partir de la conclusión a la que se llegó en las instancias en cuanto a la continuidad del vínculo laboral, hubo un pago irregular de las cesantías, fue aceptado y recibido por el trabajador beneficiándose con este, por lo que ningún menoscabo en sus derechos se causó con aquel.

No hay que olvidar que, respecto de esta sanción, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que no es de aplicación automática, al igual que la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, sino que para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago, conducta que se revela respecto de la sociedad aquí demandada quien atendiendo a la modalidad contractual que suscribió con el demandante –contrato a término fijo– canceló anualmente a la terminación de cada vínculo las cesantías a su trabajador, en cumplimiento de su obligación, actuar que, se reitera, no puede ser calificado como de mala fe para concluir en la imposición



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de la sanción solicitada pues tan solo hasta que se recurre a este juicio es que se declara la continuidad en los contratos firmados entre las partes.

Por lo anterior, el cargo no prospera...”.

Bajo ese entendimiento, se reitera que para dar cabida a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe el operador judicial analizar la conducta del empleador, para enmarcarla en el ámbito de la buena fe, que permita exonerarlo de dicha sanción; entendida ésta como aquel *“...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, ... en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleado frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”*, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, y SL11436 de 2016)

En este asunto la demandada, contrario a lo argumentado por el apoderado de la accionante, no desconoció que el establecimiento de comercio en el que prestó sus servicios figurara en los documentos como de su propiedad, pues así lo indicó en el interrogatorio de parte, sino que aclaró que era un negocio familiar y que en una época, para cuando ingreso la accionante -1° de octubre de 2008, extremo que admitió como de inicio de la relación laboral-, lo manejaba su señora madre María Dolores Sandoval de Cifuentes, que ella -la accionada- en el año 2012 empezó a darse cuenta como era su manejo y *“...en si ya el establecimiento yo lo empecé a manejar como en enero del 2013...”*; obsérvese que la actora, aunque no admite vínculo alguno con la citada progenitora de la demandada –Lola, como la menciona-, si refiere que conoció por comentarios de los otros empleados del lugar, que aquella, la señora madre de la accionada *“...había sufrido un accidente saliendo del asadero y no había podido seguir más con eso, lo había tomado la señora Esperanza con el papá ... estaba trabajando con el papá, como al año de estar ella trabajando el papá murió...”*; infiriéndose que dicha señora si tuvo a su cargo el establecimiento, por lo que no se compadece con la realidad procesal lo señalado por el recurrente en cuanto que *“...debe tenerse también en cuenta la mala fe con la que ha actuado la aquí demandada al tratar de acarrear o al tratar de inculpar a su señora madre...”*; ni tal situación lleva a enmarcar la conducta de la accionada en el ámbito de la mala fe; nótese que tales aseveraciones dieron lugar a que la jueza a quo declarara a la accionada como sustituta patronal, lo que fue aceptado, ya que esa decisión no fue objeto de reproche.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

También se aportaron las liquidaciones practicadas a la trabajadora, en los siguientes periodos: del 1° de mayo de 2014 al 1° de mayo de 2015, del 1° de mayo de 2015 al 30 de abril de 2016 y del 1° de junio de 2016 al 31 de enero de 2017 -fecha de terminación del contrato, PDF 14, Cdno. primera instancia); documentos que aparecen firmados por la demandante, como lo admitió en el interrogatorio de parte; y que aunque evidencian que el pago de las acreencias no se ajustó a derecho, tal circunstancia no puede encuadrarse como un actuar de mala fe por parte de la empleadora, como al parecer lo entiende el recurrente; además, la trabajadora recibió el pago de esas liquidaciones sin expresar reparo alguno al respecto.

Aunado a lo anterior, igualmente la demandante admitió que inició laborando sábados y domingos únicamente, aunque dijo que solo fue en 2008, que ya al año siguiente fue contratada todo el tiempo, sin que exista certeza que real y materialmente ello hubiere ocurrido así durante ese corto tiempo, pues la demandada indicó que la labor de aquella *“...normalmente era viernes, sábado y domingo, eran 3 días, de pronto si había necesidad de que ella fuera otros días entonces yo se lo manifestaba, ella muy amablemente iba y trabajaba conmigo y yo le seguía pagando el día domingo su sueldo...”* y que ello ocurrió hasta que tomó el establecimiento -año 2013- por lo que si bien no quedó acreditado que efectivamente dicha situación se hubiere extendido hasta esa data; lo cierto es que de la misma tampoco deviene en una actuación de mala fe, ya que en la forma en que inicialmente se desarrolló la prestación del servicio, al decir de la demandante que fue por días por un corto tiempo, bien podría considerar la accionada que en ese interregno el vínculo no era de naturaleza laboral y por ende, para esa época, no había lugar al reconocimiento de las acreencias derivadas del contrato de trabajo.

Y aunque se evidenció que la accionada no cumplió con la consignación de las cesantías en un fondo, en los términos de ley, se observa que ésta le pagaba directamente a la trabajadora tal acreencia en cada ocasión, considerando, aunque de manera errónea, que estaba cumpliendo con su obligación; sin que se advirtiera ánimo alguno de causarle un perjuicio a la trabajadora o querer burlar sus derechos; por lo que es factible exonerarla de la sanción implorada.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Pues si bien, señala el recurrente que “...entre el 30 de junio del año 2012 y el 30 de abril del año 2014 no hubo pago alguno, reclamando la sanción aquí analizada; en gracia de discusión, de atenderse que la accionada no actuó de buena fe como se alega en el recurso, reiterándose no es lo considerado; se advierte que dicho lapso, así como del causado desde el inicio del vínculo se encuentra prescrito.

Ello es así, pues la jurisprudencia legal ha considerado que tratándose del término de prescripción de la sanción por no consignación de las cesantías, el mismo empieza a contabilizarse un día después de vencido el plazo otorgado al empleador para el cumplimiento de tal obligación. En sentencia SL5418-2019, sobre este aspecto se indicó:

“Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día”.

Bajo ese panorama, se observa que al presentarse la demanda el 03 de marzo de 2017 (fl. 8 PDF 01), los tres años determinados por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, para reclamar dicha acreencia, iban hasta el mismo día y mes pero del año 2014; por lo que las sanciones moratorias por la no consignación de las cesantías causadas hacia atrás, se encuentran prescritas, es decir, por la no consignación de las cesantías habidas entre el 1º de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2013, ésta que correspondía consignar antes del 15 de febrero de 2014.

Por consiguiente, al no haber lugar al reconocimiento de la sanción analizada, se confirmará la absolución impartida frente a la misma, por lo señalado en esta providencia.

3.- Indemnización artículo 64 CST.

Para elevar condena por dicha indemnización, razonó la juzgadora de instancia “...Ahora en lo que corresponde a la indemnización por terminación del contrato de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

trabajo, este despacho accederá a que la demandada pague la indemnización por terminación del contrato de trabajo en los términos del artículo 64 del CST, la razón no puede ser otra que la parte demandada no acreditó que se hubiere terminado el contrato de trabajo por una causa atribuible al trabajador, tenía que haberlo demostrado, en razón a esa circunstancia el juzgado accederá al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo en los términos del artículo 64 del CST...”.

El apoderado de la pasiva no comparte tal decisión, entendiendo que como existieron varias liquidaciones de prestaciones sociales a partir del año 2014, con cada una terminaba el contrato por mutuo acuerdo, por lo que “...en caso de llegar a existir, existiría un despido sin justa causa en el año 2013, pero si bien es cierto esto también le opera el fenómeno de la prescripción entendida por este caso en el artículo 151 del CPT...”; sin embargo, luce desacertado su razonamiento, como quiera que la juzgadora de instancia declaró la existencia de **un contrato de trabajo** “...entre el 01 de octubre de 2008 hasta el 31 de enero d 2017...”; es decir una única relación laboral y, que dichas liquidaciones eran pagos parciales, por lo que aplicó la sanción contemplada en el artículo 254 del CST, teniendo por perdidas las sumas pagadas por cesantías y elevando condena por dicho concepto por todo el tiempo laborado; sin que sobre este tópico se hubiere presentado reparo por parte del recurrente.

Y es que ni siquiera se alega ni menos aún quedo acreditado, que hubiera solución de continuidad en la prestación del servicio de la accionante, para considerar que fueron varios contratos los que ligaron a las partes; obsérvese que las liquidaciones practicadas fueron continuas, y la actividad desempeñada por la actora siempre fue la misma -auxiliar de cocina-, por lo que no se podría hablar de contratos diferentes; aunado a que tal tesis no fue planteada por la parte pasiva, y se reitera, estuvo de acuerdo con la decisión de la declaratoria de un solo contrato de trabajo, cuyo extremo final fue el 31 de enero de 2017, de lo que se evidencia que no operó el fenómeno prescriptivo, dado que la demanda se presentó el 03 de marzo de 2017 (fl. 8 PDF 01), es decir dentro del término trienal a que aluden los artículos 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST.

Tampoco se ajusta a la realidad procesal, lo considerado por el recurrente, al señalar que “...en caso dado de llegar a existir ... presuntamente ese despido sin justa causa, no se podría establecer que la persona trabajó del año ... 2008 al año 2017 y en este



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

entendido por lo tanto la indemnización por despido sin justa causa es de todo este tiempo...”; comoquiera que está desconociendo lo que admitió su poderdante -la demandada- al absolver interrogatorio de parte y que llevó a la jueza a declarar la existencia del vínculo laboral desde el 1° de octubre de 2008; esto es que la actora “...empezó en el asadero que se menciona que en ese entonces era Asadero Parrilla y Brasa...”, contratada inicialmente por su progenitora “...la señora María Dolores Sandoval de Cifuentes que era mi mamá, es mi mamá, ella fue la que inicialmente contrató a la señora LUCILA SABOYA...”; iniciando labores en la fecha indicada en la demanda “...creo que es en el 2008 cuando la señora está manifestando ahí...”; y señalando que las labores realizadas desde el 1° de octubre de 2008 a enero de 2013, como la interrogó el apoderado de la actora, “...cumplía con los mismos servicios que empezó a cumplir conmigo...”, es decir “...ella era auxiliar de cocina, también ayudaba al aseo y ayudaba en la cocina...”; téngase en cuenta además, que conforme los numerales 1 y 2 del literal a) del artículo 64 del CST, la liquidación de la indemnización allí contemplada, comprende todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, que para el presente asunto, se repite, quedo comprendido entre el 1° de octubre de 2008 al 31 de enero de 2017.

Entonces, atendiendo que los reparos concretos del demandado frente a la indemnización analizada, ya fueron dilucidados por la Sala, se confirmará la decisión en los términos impuestos; dado que no se ataca específicamente el argumento de la jueza, para entrar a verificar la procedencia de la indemnización y su quantum.

De otra parte como quiera que el accionante solicita que la suma objeto de condena por indemnización por despido sea indexada, pese a que dicha actualización monetaria no fue solicitada en la demanda; considera la Sala que la misma procede atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el derecho de la demandante a recibir el valor real de lo adeudado; aunado a que como lo ha sostenido la jurisprudencia de Corporación de cierre de la justicia ordinaria, la indexación no es una condena adicional a la requerida. Así, señaló en sentencia SL859-2021 “...En este punto, se advierte que, si bien dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones del escrito inicial, lo cierto es que su imposición oficiosa es viable comoquiera que la indexación no comporta una condena adicional a la requerida. Así lo explicó esta Sala en sentencia CSJ SL359-2021...”.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

De suerte que, se ordenará que la demandada pague a la accionante la indexación sobre la indemnización por despido impuesta, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

De acuerdo con lo dicho, se adicionará la sentencia apelada, para condenar por concepto de aportes a pensión e indexación y, confirmarla en lo demás, de acuerdo con lo considerado.

Así quedan resueltos los puntos de apelación.

Condenar en costas en esta instancia, a la parte accionada dado lo desfavorable del recurso a sus intereses (numeral 1° Art. 365 del CGP). Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Adicionar la sentencia apelada, en los siguientes términos de conformidad a lo considerado:

1.1. Para **condenar** a la parte demandada a consignar en el respectivo fondo de pensiones y a favor de la demandante el valor correspondiente al cálculo actuarial por la omisión y cotización al riesgo de pensión, durante la vigencia del contrato -1° de octubre de 2008 y el 31 de enero de 2017-, con base en el salario mínimo legal de cada anualidad; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliada; y en caso de guardar silencio al respecto la accionada elegirá el fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad de la actora; así mismo, se le concede a la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

accionada un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla la accionante.

1.2. Para ordenar pagar debidamente indexada la condena por indemnización por despido, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cuarto: Condenar en costas a la parte demandada. Fijese como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Quinto: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JOSE ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado